This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

BD July 1922

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.

A monsieur le Prof. Lammasch.

Hommage de

F. Gilbertson.

Berlin, 22 Janvier 1908.

FILOSOFÍA PENAL

DEL MISMO AUTOR :

FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL . . . . . 1 vol.
RECUERDOS DE PARÍS . . . . . 1 vol.
JULIAN (Bosquejo de un temperamento) . . 1 vol.
EL HUMO DE MI PIPA . . . . . 1 vol.

En prensa :

PASIONES . . . . . 1 vol.

FILOSOFÍA PENAL

ESTUDIOS CRÍTICOS

POR

José GIL FORTOUL

ABOGADO VENEZOLANO

BRUSELAS

ALFREDO VROMANT & Cª

IMPRESORES-EDITORES

3, rue de la Chapelle, 3

1891

L.S.

110 c

VEN
980
G11

Cutx
34632

ES PROPIEDAD DEL AUTOR.

MAY 2 5 1922

El autor dedica este libro á su padre el Doctor José Gil, como al mejor de sus amigos y al más querido de sus colegas en el foro.

PREFACIO

El falso concepto que de la función legislativa reina hoy, aún en los pueblos más civilizados, es una de las causas esenciales del relativo atraso que se observa en las leyes escritas. Los legisladores se creen soberanos, y obran como tales. En vez de ser ecos de los sentimientos, aspiraciones y necesidades nacionales pretenden modelar la sociedad según los ideales, á menudo contradictorios, confusos siempre, que sucesivamente predominan en la tempestuosa atmósfera del Parlamento.

Por fortuna, si nuestros mandatarios creen

todavía que el progreso nace en sus cerebros é irradia del Capitolio, la República empieza á creer otra cosa ; y parécenos que en la actualidad la aspiración más enérjica consiste en desear que los parlamentos permanezcan inactivos, ó al menos, que nose ocupen en reformas demasiado vastas, mientras llega el momento propicio de que los pueblos mismos las discutan, determinen é impongan. Una de esas reformas sería la del Código penal, porque ella presupone la revisión de la Constitución. Si en ésta llega á penetrar todo el espíritu del régimen federativo, que predominó en 1864, pero que ha sufrido después tántos eclipses, una de sus consecuencias inmediatas será el reconocimiento de la facultad para cada Estado de establecer sus Códigos civiles, penales y de procedimiento.

Contra la variedad de legislaciones se dirá

que Venezuela es un país socialmente unificado y que el concepto del delito no cambia de un Estado á otro; dos afirmaciones problemáticas, las cuales, aun suponiendo que estuviesen demostradas por la observación, no destruirían la evidencia absoluta de estos dos hechos: 1º que lo ciencia empieza á estudiar al delincuente con un método opuesto al ampleado hasta ahora; y 2º que la variedad de legislaciones es el régimen más eficaz para las experiencias sociales y ensayos legislativos. Para llegar lógicamente á la unificación de la ley penal sería preciso unificar antes, no sólo el medio social de los diversos Estados, sino también las diversas aspiraciones, necesidades y aun sistemas que en cada uno predominan hoy, ó predominarán más tarde, según circunstancias ocasionales é imprevisibles. Además, reconocer en esto la independencia de los Estados contribuiría á sustituir al concep to oligárquico

de la soberanía del legislador el concepto democrático de la soberanía del ciudadano. Con mayor facilidad que en un Parlamento nacional, (donde los lazos que ligan el mandatario al elector, ó no existen, como sucede entre nosotros, ó son demasiado elásticos, como sucede en otros países), en un Parlamento regional los legisladores pueden recibir y cumplir un mandato imperativo, de modo que las reformas penales no se inicien y formulen en las deliberaciones parlamentarias sino en la conciencia misma de los asociados, siendo los orígenes naturales de la leyes las aspiraciones y necesidades de la sociedad, las cuales empiezan á manifestarse y coordinarse en la cátedra, el libro, la conferencia, las asociaciones privadas, los sindicados profesionales, etc.

¿ Qué haría un Congreso nacional al reformar el Código único ? Resolver á un tiempo

todos los problemas, aun los más oscuros, del derecho penal; escojer un sistema é imponerlo á todo el país ; aplicar á todos los Estados un *summum jus,* el cual, como escribía en Italia Virgilio Rossi, resultaría para algunos de ellos una *summa injuria.* En cambio, con la independencia de los Estados, cada uno resolvería los problemas penológicos según las ideas en ellos predominantes, de conformidad con sus necesidades propias, escojiendo el sistema que mejor pareciera convenir á su grado de civilización y moralidad, — con la ventaja inapreciable de experimentar sucesivamente varios métodos penales. La experiencia desgraciada en un Estado serviría de ejemplo á los demás, para no intentarla, y la experiencia feliz sería imitada ; evitándose así el contagio del error y aumentándose, por el prestigio del éxito, la eficacia del método experimental. En esta cuestión aparecen, pues, estrechamente

relacionadas una necesidad política y una necesidad social: la necesidad política de reconocer la autonomía de los Estados, condición esencial del régimen federativo, y la necesidad social de que la legislación resulte de las aspiraciones predominantes entre los asociados, condición esencial del régimen democrático...

Con la convicción de que la iniciativa y soberanía parlamentarias serían inútiles unas veces, perjudiciales casi siempre, en todo género de reformas, y no creyendo en la eficacia, ni aun en la legitimidad de un Código nacional, hemos preferido — en vez de hacer un comentario detallado, que sería superfluo — analizar en estos estudios las cuestiones capitales del derecho penal venezolano é indicar el sentido en que probablemente se harán más tarde las necesarias reformas.

En el primer estudio procuramos demostrar

que el derecho penal, si continúa apoyándose en el postulado del libre albedrío, queda reducido á una simple teoría idealista; en el segundo: que ciertos hechos, considerados hoy como delitos, ó no lo son para la filosofía ni aun para la opinión pública, ó se les aplican penas demasiado exageradas; en el tercero : que la pena, considerada todavía como expiación, venganza ó castigo de un acto consciente y libre, tiende ya á convertirse en la natural y adecuada reacción de la sociedad contra todos los agentes que impiden ó perturban su vida normal, proponiéndose estos dos objetos esenciales : la protección de los asociados pacíficos contra los ataques de asociados temibles, y la enmienda de los delincuentes, cuando ésta es probable. Y el lazo moral entre estos estudios es el convencimiento de que con el sistema existente no se logran sino por excepción los objetos de la función penal. En estudios ulte-

riores procurarémos examinar el procedimiento y los sistemas penitenciarios.

Algunas de las ideas expuestas en estas páginas son ya aceptadas por la opinión pública, y su sanción por la ley escrita es cuestión de tiempo y circunstancias; otras están íntimamente relacionadas con los problemas filosóficos que no han recibido aún soluciones aceptadas de un modo general por la opinión pública, y su generalización será obra de la propaganda intelectual.

No hay, pues, que ver en nuestras conclusiones tendencia alguna al dogmatismo. Entre la obra del legislador y la obra del pensador hay una gran distancia. La obra del legislador consiste en formular fielmente la opinión y voluntad públicas; la obra del pensador consiste en precederlas..... acertando á veces, equivocándose muy á menudo. Toda solución de problemas sociales ó políticos

de actualidad envuelve la condición de ser ó no aceptada por los asociados y comprobada por la experiencia; y, en tanto se realizan ambas cosas, la filosofía casi se confunde con la crítica.

JOSÉ GIL FORTOUL.

París, diciembre de 1890.

ESTUDIO PRIMERO.

El delincuente y el delito.

FILOSOFIA PENAL

CAPITULO I.

El Delincuente.

La filosofía del derecho penal pasa actualmente por una crisis anárquica. Numerosas teorías se disputan el triunfo, contando cada cual en su favor con algunas condiciones de viabilidad, pero sin presentar todavía ninguna todos los elementos científicos necesarios para pasar del estado de hipótesis al de doctrina practícable en conjunto.

La lucha no se especializa claramente sino entre la hipótesis del libre albedrío y la teoría del determinismo científico. La hipótesis del libre albedrío reune á los últimos represen-

tantes de las divagaciones metafísicas, apela á los últimos esfuerzos de la dialéctica teológica, urde pacientemente, con observaciones de apariencia científica, la tela donde pretende conservar el dogma del alma, como cosa distinta de las funciones orgánicas; el dogma de la conciencia, como cosa distinta de las sistematizaciones intelectuales; el dogma de la moral, como cosa distinta de las influencias recíprocas del individuo y la sociedad. En cambio, la teoría determinista tiene en su apoyo la filosofía de todas las ciencias; y, si la discusión se circunscribiese á estos dos adversarios, el problema de la criminalidad estaría resuelto con el triunfo, evidente hoy, de los defensores del determinismo.

Pero la teoría determinista se subdivide á su vez en numerosas escuelas que, ápesar de tener casi todas un punto de partida común, tienden á aplicaciones diversas y á menudo contradictorias. La más original y batalladora de estas escuelas ha empezado á desarrollarse en

Italia, y allí cuenta con sus más ilustres gefes y propagandistas, entre los cuales ocupa el primer puesto, por el entusiasmo de apóstol láico, la actividad prodigiosa y la atrevida amplitud de las generalizaciones, el profesor César Lombroso.

Lombroso cree resolver el problema de la criminalidad comprobando diferencias orgánicas entre el hombre criminal y el hombre inofensivamente social. ¿ Revelan la anatomía, la fisiología, la etnografía, caractéres exclusivos al hombre delincuente, ó siquiera á categorías del hombre delincuente? Lombroso afirma en su obra capital (1) que los actos del *criminal nato* son resultantes de causas generales (anomalías orgánicas, atavismo, etc.), mientras los actos de los demás delincuentes provienen de causas ocasionales (locura, alcoholismo, pasión, etc.) ¿ Existe, pues, un tipo criminal

(1) *L'Uomo delinquente.* (Cuatro ediciones italianas y una francesa.)

experimentalmente determinable?... La afirmación del jefe de la escuela antropológica parece haberse modificado considerablemente: en un libro de polémica reciente (1) declara que « progresando en sus estudios, ha visto que no hay un solo tipo criminal, sino varios tipos especiales de ladrón, estafador, asesino, etc. *bien evidentes*. » ¿De donde resulta esta evidencia? ¿Del predominio de las influencias puramente antropológicas, de modo que del organismo se deduce el delincuente; ó del predominio de las influencias sociales, de modo que el delincuente es un producto patológico de la sociedad; ó de todas las influencias cósmicas, orgánicas y sociales que obran, no sobre todos los delincuentes à la vez y del mismo modo, sino de modos especiales sobre cada delincuente?

Es imposible, en el estado actual de la cien-

(1) *L'Anthropologie criminelle et ses progrès récents*, Paris, 1890, p. 10.

cia, establecer diferencias esenciales entre el delincuente nato y el delincuente ocasional, y entre éste y el hombre inofensivo, si se adoptan como únicos signos de la criminalidad las anomalías orgánicas, ora tengan su origen en enfermedades, ora en imperfecciones de desarrollo, ora en la herencia, ora en el atavismo. Tales signos, si contribuyen á explicar el crimen en ciertos casos, no son suficientes para fundar una clasificación. De clasificar al delincuente por la comprobación en él de ciertos caractéres orgánicos resultaría, entre otras muchas, la enorme inconsecuencia de considerar como cosas equivalentes la evolución orgánica, la evolución social, la evolución intelectual y la évolución moral. Sin duda alguna el hombre se perfeccionna orgánica y socialmente á medida que se aleja de su origen; pero este perfeccionamiento no es igual en todos sentidos. La evolución intelectual no corresponde siempre al mismo grado de evolución orgánica; la evo-

lución intelectual es casi siempre más rápida que la evolución moral, y ésta es á menudo inferior á la evolución social.

Circunscribámonos á la cuestión moral, puesto que, cualquiera que sea el método que se emplée para caracterizar al delincuente, siempre será preciso considerar el delito como ataque á la moralidad predominante en un medio dado; y veamos una de las insuficiencias de la teoría exclusivamente antropológica. El profesor Lombroso escribe: « Los crímenes más espantosos y bárbaros tienen un punto de partida fisiológico, *atavístico*, en aquellos instintos criminales que pueden ocultarse por algún tiempo bajo la influencia de la educación, el medio, el temor al castigo, etc.; pero que renacen de pronto bajo la influencia de ciertas circunstancias, como la enfermedad, los meteoros, la imitación, etc.(1) » ¿Cómo explicar entonces que algunas tri-

(1) Lombroso, *L'Homme criminel*, p. 665.

bus salvajes tengan una moralidad superior, al menos en varios sentidos y en ciertas circunstancias, á la de algunos pueblos civilizados ? Los españoles del siglo XVI eran más civilizados que los Indios americanos ; y sinembargo, los crímenes inauditos cometidos por los conquistadores españoles (de todas las clases sociales) revelan en ellos un nivel moral mucho más bajo que el de las tribus americanas (1). Además, ¿no existen vicios y

(1) Ingleses, franceses, y alemanes tratan hoy á los negros del Africa, con el pretexto de civilizarlos, del mismo modo que los españoles trataron à los Indios de América. Léanse los relatos de los exploradores : muchos de ellos, como el inglés Jameson, promueven escenas de canibalismo *por placer*. Este hecho es capitalmente interesante porque demuestra que, una vez destruida la solidaridad social, —que se funda en la comunidad de historia, leyes, necesidades, ideas y sentimientos — el hombre civilizado desciende en moralidad mucho más abajo que el salvaje. El salvaje que mata y roba lo hace de acuerdo con la constitución especial de la sociedad en que

*

propensiones á ciertos delitos, que son producto exclusivo de la vida civilizada, si no de la civilización? El Dr Létourneau observa con razón que « entre la torpeza moral del salvaje y la depravación refinada, la semejanza no es más que superficial, y que, siendo las costumbres del hombre primitivo igualmente inocentes que las de los animales, la brutalidad del salvaje no tiene nada de común con el retroceso moral del civilizado... El salvaje es un niño; el civilizado, moralmente decaido, es un anciano caduco (1). »

vive; en sus actos no hay mayor perversidad que en los de las fieras. El civilizado, en cambio, une á los actos de crueldad un refinamiento enfermizo, una voluptuosidad de organismo viciado, voluptuosidad y refinamiento que no son, de fijo, instintos primitivos que se despiertan, sino inclinaciones originadas y desarrolladas, siquiera de un modo indirecto, por la civilización misma. Sería curioso estudiar en este sentido la colonización africana.

(1) Ch. Létourneau, *L'Evolution du mariage et de la famille*, p. 88-89.

Suponiendo cierta la teoría del atavismo, el crimen debería disminuir con la civilización, en vez de modificarse solamente, como observamos á diario. Si la civilización ha hecho imposibles ó difíciles ciertos crímenes, en cambio ha facilitado otros. Si la navegación al vapor ha destruido la piratería, y los ferrocarriles son el mayor obstáculo para los bandidos, en cambio la química, la mecánica, la electricidad ofrecen á menudo á los criminales grandes ventajas parra cometer determinados crímenes. La civilización refina lo mismo los sentimientos simpáticos que las inclinaciones al mal; y esto explica por qué, en algunos casos, el crimen parece aumentar, en vez de disminuir, con la evolución cerebral (1). El progreso no

(1) Una estadística francesa comprueba que en las profesiones liberales (donde la evolución cerebral es más rápida), la criminalidad es de 28 por 100.000 almas, mientras que en los cultivadores es sólo de 16 y en los propietarios y rentistas de 6.

se verifica jamás con la misma rapidez en todos sentidos. La lucha entre los pueblos y entre las razas, la lucha entre las ideas, los cambios de constitución social y política determinan en cada período histórico el predominio de ciertas tendencias. La tendencia de la civilización moderna consiste en armonizar y hacer igualmente rápidas la evolución intelectual, la evolución social y la evolución moral; pero si las dos primeras tienen ya casi la misma celeridad en los pueblos más cultos, la última es todavía inferior, inferioridad que no resulta toda de la supervivencia de instintos salvajes sino de los vicios y defectos propios á las actuales organizaciones étnicas. En el individuo mismo, la evolución moral no se verifica tampoco en todas direcciones. Lo mismo que en la sociedad, en un individuo puede haber varias y contradictorias moralidades. Un criminal dado carece de ciertos sentimientos morales y conserva otros. Hay ladrones consuetudinarios incapaces de cometer delitos con-

tra el honor, y á cada instante vemos hombres pendencieros por temperamento, que hieren y matan sin escrúpulo alguno, y que se creerían deshonrados si se les acusase de un robo. Tal hombre, de una moralidad austera en sus relaciones domésticas, carece de toda moralidad en el ejercicio de funciones públicas; y tal magistrado, que goza de una reputación insospechable, olvida la honradez y hasta la dignidad al volver á su hogar.....

¿ Dónde termina, pues, el hombre honrado y empieza el criminoloide ; dónde termina éste y empieza el criminal nato ? Problemas insolubles si el único criterio son las anomaliás orgánicas; problemas de posible solución, en los casos particulares, si la criminología se funda al propio tiempo en las ciencias antropológicas y en las ciencias sociales. La raza, el medio físico, el medio social, el medio orgánico, la herencia, el género de educación, las enfermedades físicas y mentales, el alcoholismo, las pasiones, etc., he ahí otras tantas causas que, en los *casos*

particulares, contribuirán á determinar el carácter de un criminal, y probablemente, en un porvenir próximo, los caractéres diferenciales de *especies* de delincuentes.

Para diferenciar el carácter del delincuente del carácter del hombre inofensivo las diversas escuelas en que se subdivide la teoría determinista nos ofrecen ya dos conceptos aceptables; á saber : un concepto del delito en armonía con las enseñanzas de las ciencias antropológicas y de las ciencias sociales, y un concepto de la personalidad en armonía con las conclusiones de la fisiología y psicología experimentales. Desde luego, si admitimos con Garófalo *(Criminologia)* que el delito legalmente imputable es una especie del delito natural, no tendrémos necesidad de ocurrir á ninguna hipótesis metafísica para determinar cuales son los hechos naturales calificables legalmente de delitos y merecedores de una pena. Para explicar el delito *natural*, Garófalo supone un mínimum de sentimientos morales

(justicia y compasión) compatible con la vida social, y de aquí deduce que el criminal es aquel individuo en quien esos sentimientos son tan rudimentarios que lo hacen incapaz de vivir pacíficamente con sus semejantes... Retengamos de la teoría de Garófalo : 1° que para que un acto sea considerado como delito debe haber sido ejecutado por una persona que tenga relaciones morales permanentes con las que la juzgan; es decir : con un medio social dado ; y 2° que el acto, siendo contrario á la moralidad del medio, hiera un derecho ajeno. Los colonizadores europeos sacrifican á diario los negros del Africa, y la opinión pública no considera esto como un delito punible. Los salvajes practican una moral entre sí y otra en sus relaciones con los europeos. Si un salvaje, en Polinesia por ejemplo, mata á uno de sus compatriotas es considerado como delincuente; si mata á un extrangero, puede ser aplaudido. En los mismos pueblos civilizados ésta diferencia es todavía perceptible. Entre dos

naciones enemigas el crimen cometido contra un extrangero no es equivalente al mismo crimen cometido contra un compatriota : la ley penal se aplicará indudablemente sin tener en cuenta tal consideración, pero la opinión pública muestra siempre en su juicio moral mayor severidad contra el extrangero y mayor compasión hácia el compatriota.

Pero las relaciones morales con el medio no bastan para considerar como punible un acto reputado inmoral. Es preciso considerar la personalidad del agente y determinar en qué circunstancias sus actos son punibles. Para que un acto inmoral sea punible — observa el filósofo Tarde, — se requiere que la personalidad del agente, considerada en su duración, sea *idéntica á sí misma*. Identidad, por supuesto, no es aquí sinónimo, ó equivalente, de inmutabilidad. Entre el máximum de identidad, « realizado por la perfecta salud de nuestro cuerpo, y el mínimum, realizado por una enfermedad, verdadera enagenación vital, ó por el

vicio congénito de una imperfección que lo hace monstruoso, » la personalidad varía continua y sucesivamente, pero conservando siempre un fondo de ideas, sentimientos y hábitos que la distinguen de las demás. Entre aquellos dos límites, la personalidad es justiciable por sus actos, no porque obre libremente escojiendo unas veces el bien y otras el mal, como lo quiere la hipótesis del libre albedrío, sino porque sus actos han sido ejecutados en un estado normal, estado más ó menos conforme con el medio según que las ideas, sentimientos, inclinaciones, hábitos, etc., disten más ó menos de aquel grado en que no representan ningún peligro para la vida social.

Cada personalidad, intelectual y moralmente considerada, es un sistema psíquico especial, así como el individuo es un sistema de órganos ; y así también como en el individuo los órganos viven de la renovación permanente de sus elementos, sin dejar de ser idénticos á sí

propios, por modo análogo la personalidad se renueva bajo aspectos diversos sin que el fondo de su sistema desaparezca (1). Cuando nuevas asociaciones psíquicas se superponen á las existentes ó se ingertan en ellas, éstas no son destruidas, á menos que, al mismo tiempo y por otras causas, se verifique un cambio radical en el organismo. « A la primera ocasión, dice Paulhan, un choque, una enfermedad, una emoción viva, pueden, — destruyendo la asociación superior, haciendo desaparecer la orientación del espíritu, desatando el lazo que une los elementos psíquicos, — volver estos elementos á sus primeras afinidades y hacer reapa-

(1) « El yo no existe sino bajo la condición de variar continuamente : su identidad es cuestión de número : ella persiste mientras la suma de los estados que quedan relativamente fijos es superior á la suma de los estados que se agregan á aquel grupo ó se desprenden de él. » — Ribot, *Les Maladies de la personnalité*, p. 32.

recer las primeras asociaciones (1). » I esto explicaría, sea dicho de paso, por qué una personalidad, inofensiva hasta el momento en que una causa cualquiera la arrastra al delito, parece cambiar por completo y, de aparentemente honrada que era hasta entonces, hacerse habitualmente temible.

En suma, la personalidad psíquica no es para nosotros la unidad anímica de los espiritualistas, sino « la cohesión, durante un tiempo dado, de cierto número de estados de conciencia claros, acompañados de otros menos claros y de una infinidad de estados fisiológicos que, sin estar acompañados de conciencia, como sus congéneres, obran tanto como ellos y más que ellos (2). »

Si admitimos este concepto de la personalidad, y es dificil admitir otro á menos que se

(1) F. Paulhan, *L'Activité mentale et les éléments de l'esprit*, p. 303.

(2) Th. Ribot, *Les Maladies de la personnalité*, p. 171.

apele al dogma espiritualista del alma, el concepto de la criminalidad aparece lógico. Mientras conserve su personalidad habitual el hombre sano sufrirá las consecuencias penales de los actos reputados como delitos. Si la sistematización intelectual y moral que constituye una personalidad es habitualmente peligrosa; es decir que en ella predominan las ideas y sentimientos inmorales que la sociedad juzga incompatibles con la vida pacífica, tendrémos un delincuente instintivo, habitual, incorrejible. Si, por el contrario, el predominio de aquellas ideas y sentimientos es momentáneo, no se realiza sino durante una crisis, tendrémos un delincuente ocasional. El primero representará un peligro social permanente; el segundo, un peligro temporal, à menudo instantáneo.

Pero ¿cómo determinar cuándo un delincuente cualquiera deba considerarse instintivo y cuándo ocasional? Tal determinación no podrá hacerse sino en el juicio penal y durante el tratamiento penitenciario corres-

pondiente. Si fuese cierto que los criminales natos tienen caractéres orgánicos diferenciales, que existe un tipo ó tipos criminales, como pretenden Lombroso y algunos de sus discípulos, bastaría el descubrimiento de tales caractéres para clasificar á los delincuentes. Desgraciadamente la ciencia no ha llegado allá; y por hoy, la criminología está obligada, en aquellas de sus aplicaciones que constituyen el derecho penal, á estudiar cada caso particular. La presunción legal será siempre que el hombre que no ha cometido un delito es inofensivo. Una vez cometido el delito, la presunción legal será que el delincuente lo es por ocasión. Estudiad especialmente el reo durante el juicio, durante el cumplimiento de la pena y en los nuevos juicios si comete nuevos delitos, la experiencia demostrará si el reo es una personalidad radicalmente peligrosa é incorrejible.

Así interpretado y aplicado el determinismo científico, no habrá razón para continuar lla-

mándolo inhumano y cruel. El propósito de defender á la sociedad contra los agentes nocivos puede armonizarse de un modo absoluto con el respeto á los derechos individuales.

CAPÍTULO II

El concepto jurídico del delito.

El art. 1º del Código penal define el delito: « toda acción ú omisión *voluntaria* que la ley tenga declarada con anterioridad, sugeta á una pena grave. » La palabra *voluntaria* significa aquí la *libertad* en los motivos que han determinado la ejecución del acto y la *intención* de dañar (el art. 3º agrega que « la acción ú omisión penada por la ley *se reputa siempre voluntaria*, á no ser que conste lo contrario »), lo cual presupone que el delincuente es un sér normal, no sólo en cuanto á sus facultades in-

telectuales, simo también en cuanto á sus sentimientos morales.

Todos los códigos penales se fundan, con mayor ó menor absolutismo, en este postulado de la libertad moral, á pesar de que la ciencia demuestra que él no es más que la expresión de un error, ó al menos de un prejuicio. Si admitir la libertad en el hombre inofensivo es ya una exageración, puesto que todos sus actos son determinados por las influencias internas y externas del medio en que vive, admitirla en el delincuente es una inconsecuencia tal que, aun suponiendo que en los juicios penales se emplease un criterio científico, en vez del criterio jurídico, para averiguar si los actos de un reo han sido ejecutados libremente, en la mayoría de los casos tendría que pronunciarse la absolución, y en los otros casos la condena no se fundaría en la ley.

Sabios como Mendel y Virchow declaran (y esta opinión es ya general entre naturalistas y médicos) que, á la cuestión de si el

acusado gozaba de su libre albedrío en el momento de ejecutar el acto, los expertos deben abstenerse de responder. ¿ Por qué tal contradicción entre el problema jurídico y el juicio de los especialistas, que serían los llamados á decidir la cuestión de la responsabilidad si el libre albedrío existiese ? Simplemente porque el derecho penal plantea mal el problema, cuya solución no consiste en averiguar si el acusado ha obrado libremente, sino en saber : 1º si es el autor del hecho que se le imputa (cuestión de averiguación jurídica), y 2º cuál es el grado de temibilidad del agente (cuestión fisiológico-social).

Planteando mal el problema y admitiendo como verdad absoluta la libertad moral, el derecho penal olvida estudiar el delincuente y se fija preferentemente en examinar el delito como una abstracción. Cometido el delito, los juristas suponen que no es punible sino cuando el agente, en plena posesión de su voluntad, ha escojido libremente el camino del mal. Pero,

¿cómo podrian las ciencias jurídicas determinar en cada caso el grado de libertad de un agente? Porque es necesario, admitido el postulado del libre albedrío, admitir también grados en él: los jurisconsultos, aun los más idealistas, no pueden negar la influencia de las circunstancias internas y externas del medio en que cada individuo se mueve.

La teoría jurídica es ilógica hasta en los casos extremos, en los casos de locura manifiesta, cuando se presume que el libre albedrío ha desaparecido por completo. El loco es irresponsable, nos dicen, porque ha cometido el acto criminal privado de la razón. Convengamos por un instante en que esto sea exacto; pero ¿no sucede lo mismo con el criminal instintivo; con el que ha nacido de padres criminales, vivido en un medio vicioso, reincidido varias veces, demostrado que sus inclinaciones, sus pasiones, sus apetitos, lo hacen incapaz de adaptarse á la vida honesta? Si la observación demuestra que no es un loco y que,

al propio tiempo, no ha podido dejar de ejecutar los actos que se le imputan, qué hará el juez? ¿ Condenarlo ? Si lo condena comete una injusticia legal, desobedece á la ley, porque los actos del agente no han sido libremente determinados. ¿ Absolverlo ? La ley lo permite ; pero de este modo resultaría que los individuos que más amenazan á la sociedad son los que más lejos están de ser reprimidos ó eliminados. De donde podemos deducir dos consecuencias curiosas ; á saber : que cuando los jueces condenan á las penas más severas á los delincuentes más temibles, lo hacen contrariando (consciente ó inconscientemente, poco importa) la ley escrita, porque los delincuentes más temibles son los que gozan de menos libertad moral; y que, aun admitiendo en teoría el libre albedrío, la sociedad y los jueces que la representan, obran aceptando un concepto contrario : el de la temibilidad que revela el delincuente ; ó al menos, obedeciendo instintivamente á una necesidad : la de protejer á los asociados pacíficos contra los peligros que los amenazan.

Quizás estas contradicciones son las que han hecho creer á Fonsagrives (1) que poco importa en la práctica admitir ó negar el libre albedrío, pues de todos modos las penas serán más severas según la mayor perversidad que revelan los actos, con la única diferencia de que el legislador partidario del libre albedrío la llamará « perversidad de volundad » y el legislador determinista « perversidad de naturaleza. » La paradoja es brillante; pero la práctica misma demuestra que no es indeferente, sino esencial, el concepto del delito, si se atiende á que el objeto inmediato de la pena es protejer á la sociedad contra los agentes nocivos. El partidario del libre albedrío podrá ver siempre una circunstancia, si no eximente, al menos atenuante en la perversidad fatal del delincuente, y el naturalista, en cambio, verá una circunstancia agravante. Comprobémoslo

(1) *Essai sur le libre arbitre.*

con el análisis de la primera circunstancia eximente de la responsabilidad.

Está exento de responsabilidad criminal, dice nuestro Código, art. 19, « el que ejecuta la accion hallándose dormido, ó en estado de demencia ó delirio, ó estando de cualquiera otra manera privado absolutamente de la razón ». Esta disposición será eficaz en la práctica, ú originará absurdos enormes, según la interpretación que se le dé, lo cual nos revela ya que en la función penal la interpretación de la ley es cosa tan esencial como la ley misma.

Sobre el que comete un acto *dormido*, ó en estado de sonambulismo, ó hipnotizado, no es preciso insistir : la responsabilidad no existe, no porque haya desaparecido la libertad, sino porque ha desaparecido la personalidad social, porque al yo normal se ha sustituido un yo extraño (1). En las palabras *demencia* ó *deli-*

(1) El hipnotismo, sinembargo, nos promete mu-

rio el legislador pretendió, sin duda, incluir todas las especies de enagenación mental; en lo cual no hay tampoco inconveniente alguno, porque el loco será en todo caso sustraido del medio social donde representa un peligro. Pero ¿qué significa (y aquí aparece la grave dificultad que origina una contradicción evidente) la

chas sorpresas, y sus progresos contribuirán probablemente á cambiar de un modo radical el concepto de la responsabilidad. Cuando el hipnotizador sugiere un acto, el hipnotizado obra pasivamente. Pero ¿hasta donde se extiende el poder de la sugestión? ¿La sugestión es posible sobre todos los individuos, ó sólo sobre los histéricos? ¿El hipnotizado ejecutará todos los actos que se le sugieren; ó solamente los que sean más ó menos conformes con las tendencias de su personalidad normal? ¿Un hombre honrado resistirá á la sugestión de un crimen? Y si no resiste á la sugestión, ¿recordará, despierto, las circunstancias del crimen y la orden del hipnotizador?.... La ciencia no puede resolver todavía ninguno de estos oscurísimos problemas, ni prever siquiera cuáles serán las soluciones experimentales.

segunda parte de la excepción « ó estando *de cualquiera otra manera privado absolutamente de la razón ?* »

El art. 46 del último Código italiano, análogo en esto al venezolano, pero más explícito, dice : « No es punible aquel que, en el momento en que cometió el hecho, se encontraba en un estado de enfermedad de *mente* capaz de quitarle la conciencia ó la libertad de los propios actos ». ¿Cuál es aquí la extensión de la voz *mente?* El ministro Zanardelli, que presentó el proyecto del Código, establece en su *Relazione* que la voz *mente* debe tomarse en su más amplio significado, de tal modo que comprenda « todas las facultades psíquicas del hombre, *innatas* ó *adquiridas*, simples ó compuestas, lo mismo la *memoria* que la *conciencia*, lo mismo la *inteligencia* que la *voluntad*, lo mismo el *raciocinio* que el *sentido moral* »... Lógicamente debe entenderse de igual modo la voz *razón* del Código venezolano, el cual funda también el concepto del delito en la plenitud de la voluntad (art. 1°).

Hé aquí la dificultad. El delincuente instintivo ó habitual, al cometer un acto calificable en sí de delito grave, obra arrastrado por sus instintos, por los efectos de la herencia, por su organización íntima. Su naturaleza misma le impide obrar honestamente; el delito es un resultado necesario de su personalidad antisocial. Pero no es un loco, en el sentido que á la palabra asigna la patolología cerebral. ¿Será irresponsable? ¿Será absuelto? Hasta hoy quizás no se ha aplicado *á menudo* al criminal instintivo la circunstancia eximente que analizamos; pero es evidente que, una vez que los estudios antropológicos y sociológicos se hayan propagado de un modo considerable, bastará el alegato de un abogado hábil para establecer esta conclusión: Si en el debate judicial se ha demostrado que el reo no es un loco, del mismo debate resulta que cometió el hecho « privado absolutamente de la razón ». Su genealogía, sus antecedentes, su género de educación, el examen fisio-psicoló-

gico, el estudio del medio en que ha vivido siempre, han comprobado que es un sér anormal y temible, sí, pero que obra siempre, del mismo modo, sin discernimiento voluntario. Si el juez no puede absolverlo como loco, porque la experticia médica dice que no lo es, debe absolverlo según la última parte de la excepción legal, porque ha obrado sin libertad moral... Lo cual equivaldría á declarar que la ley proteje precisamente á los delincuentes más peligrosos!

¿Cómo remediar á estas probables consecuencias de una legislación que entraña tal contradicción entre al concepto del delito y la necesidad de la defensa social, que es uno de los objetos esenciales de la pena? Sin apelar desde luego al medio supremo de una reforma legislativa, la cual debería cambiar todo el sistema penal, no hay otro recurso que el de interpretar muy elásticamente la ley, contrariando el sentido estricto de sus términos, para no aplicarla sino á los locos propia-

mente dichos, — interpretación elástica que parece prevalecer en nuestra jurisprudencia.

Ante todo, observemos que entre el loco y el delincuente instintivo existe una diferencia importante, si no esencial (1). Uno y otro son inaptos para la vida social, por causas análogas, aunque no idénticas. El loco es inapto para la vida social porque su sér se desdobla,

(1) Esta observación no tiene ningunas pretensiones al dogmatismo. Las fronteras entre la salud y la locura se hacen cada dia menos determinables. Los dominios de la fisiología y de la patología se compenetran en sus puntos de contacto por modo análogo á la compenetración que observa el geólogo entre las últimas capas de un terreno y las primeras del que inmediatamente le sigue. Si el alienista no puede decidir hoy de un modo absoluto, y en todos los casos, dónde termina el estado fisiológico y empieza la enajenación, ¿cómo podría decidir en todos los casos, y científicamente, dónde termina el loco y empieza el criminal instintivo?... La dificultad, sinembargo, no es insuperable para el derecho, si el concepto y sistema penales se transforman de tal

porque su existencia es combate continuo, combate consciente unas veces, inconsciente otras (y he aquí otra prueba de que la conciencia ó la razón no puede ser fundamento del delito) entre el estado morboso y el estado fisiológico. El delincuente instintivo es inapto para la vida social, no sólo por causas externas á su existencia misma, sino por la naturaleza de su organismo, por todo el conjunto de sentimientos, ideas, apetitos, impulsos que constituyen su yo, su manera de ser, y determinan sus actos.

Hay quienes llaman á esta perversidad moral del delincuente instintivo *neurosis criminosa*, y buscan su origen en lesiones orgánicas ó aberraciones funcionales, teoriá que

modo que sea siempre posible y fácil correjir los errores cometidos en el juicio por los especialistas y en la sentencia por los jueces. Léanse los párrafos sobre las penas *indefinidas* en el Capítulo II del estudio tercero.

parece idéntica á la de aquellos que no encuentran diferencia alguna entre el acto del loco y el acto del dilincuente instintivo más caracterizado. Pero esta neurosis, esta perversión moral ¿ es sólo una anomalía de la mente, según el Código italiano, una ausencia de razón, según el Código venezolano, ó es una verdadera enfermedad ? Garófalo, á pesar de hacer predominar en el delito las influencias orgánicas responde : « La simple perversión moral no es una enfermedad del individuo, puesto que ella no perturba ninguna función orgánica, no altera la vida fisiológica, sino que hace al individuo incompatible con una sociedad culta » (1)... En todo caso, de admitirse la neurosis criminosa no podría considerarse hoy sino como una manifestación de patología *social*. Un filósofo contemporáneo, G. Tarde, nos parece haber establecido con mucha claridad esta importante distinción y magistralmente

(1) R. Garofalo, *Criminologia*, p. 95.

planteado el problema. «Por dos razones, dice, la locura nos hace irresponsables : porque nos desasimila y porque nos *enagena;* porque nos hace extraños á nuestro medio y porque nos hace extraños á nosotros mismos... En todos los casos de locura el individuo es irresponsable, no porque su acción haya sido inevitablemente determinada, causada, sino porque ha sido determinada por una causa exterior al yo, al sér social. Todo el problema consistirá en saber si, en ciertos casos, no siendo muy fuerte el impulso morboso, sino tal que un buen freno moral hubiera resistido, la debilidad absolutamente anormal del freno del individuo es imputable à una evolución patológica (en este caso sería un loco) ó, por el contrario (y entonces sería un criminal) es la resultante de toda una vida de vicios é infracciones menores á las leyes sociales, de toda una série de actos que no han tenido por causa la locura, sino que se explican como los

actos *habituales* de que el individuo es responsable (1).

El delincuente habitual obra, pues, obedeciendo á los mismos impulsos que el hombre normal, á las múltiples influencias del medio; pero en el primero no existe la suficiente resistencia del sentido moral, y de aquí la diferencia que le aleja cada vez más del hombre inofensivo para acercarle al hombre enfermo, sin confundirle, empero, con éste; y de aquí también que sea punible, no por haber obrado libremente, sino por revelar una temibilidad que en la mayoría de los casos es congénita é imperecedera.

Si estas distinciones se tuviesen presentes en la aplicación de la ley, la posibilidad de confundir el delincuente habitual y el loco disminuiría considerablemente; sería muy rara la absolución del primero, y, sobre todo, el delin-

(1) G. Tarde, *La Philosophie pénale*, p. 155 y siguientes.

cuente más temible no beneficiaría de una circunstancia atenuante en vez de sufrir una agravante. Pero nótese que, para llegar á tal resultado es preciso interpretar la ley con una grande elasticidad, negando en la práctica el ibre albedrío admitido en teoría. Constante contradicción entre la ley escrita y las necesidades sociales!

CAPITULO III.

El delito frustrado y la tentativa.

El art. 5º declara punibles, además del delito consumado y la falta, el *delito frustrado* y *la tentativa*. Comprobemos de nuevo, en esta subdivisión del delito, la falsedad del concepto jurídico y las inconsecuencias que origina.

« Hay delito frustrado cuando el culpable ha hecho todo lo necesario para consumarlo, sin haber logrado su mal propósito por causas independientes de su voluntad (art. 6º) ».

Supongamos que un químico administra á otra persona un veneno que él mismo ha preparado cuidadosamente en su laboratorio,

sabiendo, por estudios y por experiencia, los efectos inevitables que producirá ; pero el médico, advertido á tiempo, administra á la víctima un antídoto y la salva. En este ejemplo concurren todas las circunstancias exigidas por la ley. La voluntad de dañar es manifiesta; el culpable ha hecho todo lo necesario para consumar el delito (preparado científicamente el veneno y administrádolo;) el mal propósitio ha frascasado por causas independientes de su voluntad (llegada oportuna del médico y efectos del antídoto).

¿ En qué se funda la ley para declarar punible esta acción ? No en la voluntad del agente, porque si la voluntad fuese la causa esencial del delito el autor de este envenenamiento frustrado merecería la misma pena que si lo hubiese consumado, en vez de las dos terceras partes como establece la segunda regla del art. 65 (1).

(1) « En el delito frustrado se rebajará una tercera

¿ Es, en cambio, la magnitud del daño causado lo que determina la calidad del delito y la magnitud de la pena ? Tampoco ; porque en nuestro ejemplo podemos suponer que el mal causado se ha reducido á una cantidad inapreciable ; que la persona qué ha bebido el veneno á penas si ha sentido un malestar insignificante, y el médico hasta le ha ocultado el peligro que la amenazaba. Si la magnitud del daño fuese la condición esencial del delito, la pena sería exagerada é injusta.

Y si no son ni la voluntad del agente ni la magnitud del daño causado las circunstancias esenciales del delito ; ¿ lo será la perversidad moral del agente, ó mejor, su temibilidad ? Tampoco ; porque, aun cuando esté comprobado que la temibilidad del agente es igual en el delito consumado y en el frustrado, la ley les señala penas distintas.

parte de la pena que hubiera debido imponerse por el hecho consumado, atendidas todas las circunstancias. »

El Código francés, más lógico en esto que el italiano y que el nuestro, no establece ninguna distinción. Comentándolo, el jurisconsulto Acollas dice : « Ora se trate de delito frustrado, ora de delito consumado, la perversidad del autor se atestigua abstractamente la misma, y abstractamente justifica la aplicación del mismo tratamiento penal (1) »... A nuestro ver, esta es la única doctrina que se armoniza con un criterio científico de la delincuencia y la penalidad. Desde el momento en que, con circunstancias evidentes como las que concurren en el delito frustrado, la temibilidad del culpable queda experimentalmente demostrada, lo esencial no son las consecuencias inmediatas del delito, sino el peligro que el delincuente mismo encarna contra la seguridad social, peligro que él se ha encargado de revelar con sus actos.

¿ Sucede lo mismo respecto á la tentativa?

(1) Emile Acollas, *Les Délits et les Peines*, p. 49.

« Hay tentativa cuando el culpable ha dado principio á la ejecución del delito *directamente* por hechos *exteriores*, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento (art. 7°) ».

En cuanto al « propio y voluntario desistimiento », él demuestra en el agente un freno moral más potente que el impulso criminoso, y su acción es entonces no solamente inofensiva sino que podría ser loable.

Averigüemos cómo debe entenderse el comienzo de ejecución por hechos exteriores, dejando desde luego fuera de discusión la simple determinación de cometer el delito, circunstancia que no puede apreciarse sino por sus consecuencias. El problema capital consiste en averiguar si, para que haya tentativa, los hechos exteriores deben ser adecuados al objeto que el agente se propone, ó si basta la ejecución de hechos que él cree adecuados, aunque en realidad no lo sean. Una verdadera anarquía reina á este respecto en la filosofía penal,

y ambas soluciones son sériamente defendidas. Los que se fijan preferentemente en el hecho material sostienen la primera; los que en el delito buscan antes que todo la intención, sostienen la segunda.

La frase « directamente por hechos exteriores », empleada por nuestro Código, corresponde á los « medios idóneos » exigidos por el Código italiano. « Es indispensable, dice Zanardelli, la idoneidad en el acto para producir el resultado criminoso que constituye después la consumación del delito, porque sin ella no existiría una tentativa políticamente imputable, por la falta de peligro para el derecho que se quería ofender. » En cambio, la Corte suprema del Imperio germánico expone como sigue la doctrina contraria : « El error en cuanto á la idoneidad del medio no puede tener influencia sobre la punibilidad. El no haber podido realizarse el propósito proviene siempre del error del agente, porque no ha

*

examinado exactamente, al formar su plan, aquellas circunstancias que han impedido su consumación. Debe, por tanto, ser indiferente que el error se encuentre en la eficacia de una ú otra parte del supuesto; no importa distinguir si el obstáculo ha sobrevenido en el curso de la acción, ó existía ya desde el principio de la misma; ni si aquellos factores que el agente no ha tenido en cuenta le son extraños, ó si él se ha equivocado sobre la eficacia de sus propias acciones, ó sobre la eficacia del medio por él escojido, en cuanto á la especie y á la cantidad ó á la aplicación, ó en cuanto al objeto mismo usado como medio ó á sus cualidades. »

Comparemos en un ejemplo las consecuencias de ambas teorías. Una persona, para envenenar á otra, introduce en el vino destinado á la víctima ácido sulfúrico, en dosis tal que la persona que debe beberlo se apercibe del peligro. La Corte de Casación de Nápoles declaró (1886) que en este caso hay tentativa de envenenamiento. ¿Se funda la sentencia

en que los medios empleados son idóneos? No. Los hechos exteriores son aquí adecuados en un sentido, inadecuados en otro: son adecuados si se atiende á que la víctima puede beber el veneno apresuradamente, ó no darse cuenta del peligro, por la poca sensibilidad de su gusto; y son inadecuados si se atiende á que la cantidad de ácido sulfúrico es bastante para que la víctima pueda evitar el peligro. De modo que no son los hechos exteriores los que constituyen la tentativa, porque ellos llevan virtualmente en sí la posibilidad y la imposibilidad de que el delito se consume. El fundamento de la tentiva es aquí, como declara la corte alemana, la idea que tenía el agente de poder lograr su objeto con el medio empleado. Pero de ambas teorías resulta la misma consecuencia; á saber: la reducción de la pena cuando el delito no ha sido consumado. Según el Código venezolano se rebajan dos terceras partes de la pena en la tentativa, aún cuando la perversidad del agente sea abso-

lutamente la misma que en el delito consumado.

El único procedimiento racional sería averiguar en cada caso el grado de temibilidad del agente y aplicar la pena del delito consumado, con circunstancias agravantes ó atenuantes según el grado de la temibilidad. De otro modo los absurdos se multiplican indefinidamente Un individuo pretende sufocar á un niño que ha nacido muerto, pero que él cree vivo. Aquí no existe siquiera la tentativa, dicen los juristas, porque el sujeto pasivo del delito no es capaz de sufrir la ofensa que el agente se propone ; porque el *iter criminis* no conduce en este caso á la meta, ni el camino recorrido puede considerarse como un comienzo de ejecución del delito, — conclusión á todas luces exagerada. Distingamos : ó se trata de un delincuente de ocasión, y entonces el no haber podido realizar un mal será á lo sumo una circunstancia atenuante ; ó se trata de un delincuente instintivo, que comete habitualmente

los mismos ó análogos crímenes, y entonces el haber encontrado una imposibilidad física no puede ser una circunstancia eximente, un motivo de absolución : el hecho ha demostrado una vez más el peligro constante con que el autor amenaza á sus semejantes, y la necesidad social ordena reducirlo á la impotencia de dañar.

La teoría de la tentativa se funda en una idea demasiado vaga, en la mayor ó menor responsabilidad del agente, según la mayor ó menor distancia que le separa de la consumación del delito, — olvidándose el fundamento mismo del delito, que es la perversidad habitual ó momentánea del delincuente. En el *iter criminis* sólo pueden distinguirse dos casos : 1º ó el agente se detiene en la ejecución de su propósito, por propio impulso, y entonces, los hechos preparatorios, ó no son punibles por no haber causado ningún mal, ó constituyen delitos por sí mismos, por haber causado un mal (desapareciendo la tentativa,

porque el agente, al desistir, demuestra que la resistencia honrada ha sido en él más fuerte que el impulso criminoso); 2º ó bien el agente no prosigue en su propósito por causas independientes de su voluntad, y entonces su responsabilidad positiva queda demostrada y sugeta á la misma pena del delito consumado. La teoría de las circunstancias agravantes y atenuantes permitirá en todo caso aumentar ó disminuir la represión, midiéndola, no por la magnitud del delito, sino por el peligro social que ha revelado el culpable, y si se adoptase un sistema de penas indefinidas la reacción social sería siempre proporcional al grado de perversión moral del delincuente.

Veamos otras inconsecuencias del concepto jurídico del delito en la teoría de la premeditación.

CAPITULO IV.

La Premeditación.

Entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad, enumeradas en el artículo 22, ninguna más difícil de apreciar que la premeditación. La generalidad de los delincuentes, y sobre todo los delincuentes habituales, premeditan el delito y las circunstancias en que deben cometerlo : el delito es para los últimos una verdadera profesión.

Desde luego podemos decir que para los delincuentes habituales el aumento de la pena no se justifica por la premeditación del delito,

porque ella existe siempre, sino por la normal perversidad del agente. En cuanto á los delincuentes de ocasión distingamos : ó la premeditación es necesaria, inherente á la comisión del delito, como sucede en la estafa y generalmente en el envenenamiento, y entonces no es circunstancia agravante (1) ; ó el delito pudo cometerse sin que el delincuente previese todas las circunstancias ni procurase evitar todas las dificultades que ulteriormente se presentarían, y es en este caso que la ley considera la premeditación como circunstancia que demuestra mayor culpabilidad. No basta, sinembargo, la simple premeditación : la ley exije que haya premeditación *conocida*.

La disposición de nuestro Código es idéntica á la del Código español, y el Tribunal Supremo

(1) Art. 23 : « No agravan el hecho las circunstancias que son absolutamente inherentes á su comisión, aunque constituyan por sí solas otro hecho que deba ser penado. »

de España declaró en sentencia del 24 de mayo de 1873, que « hay premeditación conocida cuando resultan datos que convencen de la anticipación con que se premedita *reflexivamente* remover los obstáculos que pueden impedir ó hacer más difícil la comisión del delito »; y en sentencia del 6 de junio de 1880: « para que deba estimarse la agravante de premeditación, es indispensable que los hechos que se consignen como probados en la sentencia demuestren claramente y sin género alguno de duda que el culpable meditó *reflexiva* y *detenidamente* la perpetración del delito, y después de obrar así lo llevó á cabo. »

La jurisprudencia venezolana no difiere en este punto de la jurisprudencia española. Veamos en algunos casos prácticos la injusticia que resultaría de considerar siempre como circunstancia agravante la premeditación conocida, y la necesidad imperiosa de que los tribunales se conformen amenudo al veredicto de un jurado de especialistas para no caer en el

absurdo de aplicar una pena exagerada á delincuentes relativamente poco temibles ó á verdaderos enajenados.

Discutiendo en la Cámara de Diputados el proyecto del Código penal italiano, Enrico Ferri presentaba este ejemplo : « Un hombre recibe una atroz injuria y siente en sí el dolor espasmódico de la ofensa á su dignidad personal. Pero tiene un sentido moral que lo hace resistir al impulso instantáneo de matar al ofensor : se contiene, se marcha solo con su dolor, y premedita. La premeditación puede representar para él la lucha entre el sentido moral, que procura resistir, y el atroz dolor que lo impulsa á matar al ofensor. Por fin este hombre, honrado hasta entonces, sucumbe en la lucha psicológica y se deja arrastrar al homicidio de su ofensor. »

Supongamos en el ejemplo de Ferri que el ofendido, una vez resuelto á vengarse, procuró evitar todas las circunstancias que podían dificultar la comisión del delito, y que esto se

demuestre en el juicio. En este caso, á la vez que la agravante de premeditación conocida, son posibles dos circunstancias atenuantes: 1º la de ser el primer hecho punible que comete el encausado, habiendo sido constantemente buena su conducta anterior; y 2º la de haberse ejecutado el hecho en vindicación *próxima* (?) de una ofensa grave. Antes de determinar la pena, el tribunal debe resolver una cuestión de hecho y una cuestión jurídica. Cuestión de hecho: ¿la vindicación puede considerarse como próxima, no obstante haber pasado varios dias entre la ofensa y la premeditación? Si el tribunal sigue un criterio metafísico es probable que adoptará la negativa, porque para los partidarios de la libertad moral la premeditación es una consecuencia necesaria de la voluntad libre. Pero supongamos que el tribunal considere la vindicación como próxima, atendiendo á que el tiempo corrido entre la ofensa y el delito ha sido un período de lucha entre el sentido moral y el impulso á la venganza, lucha que demuestra

que la temibilidad del agente es pasagera ; y entonces surje la cuestión jurídica : ¿ se tiene en cuenta, para aumentar la pena, la premeditación conocida, ó se tienen en cuenta, para disminuirla, las dos circunstancias atenuantes? Si se es lógico con la teoría metafísica, la circunstancia agravante prevalece, á pesar de que en el ejemplo propuesto el agente representa un peligro menor que si hubiese cometido el delito sin premeditarlo...

La analogía entre el delincuente instintivo y el delincuente enajenado evidencia aun más las dificultades de admitir la premeditación como circunstancia agravante. Lo mismo en el primero que en el segundo el delito puedo ser consecuencia immediata de un impulso momentáneo ó resultante lejana de una deliberación reflexiva. En el delirio de las persecusiones, por ejemplo, la premeditación es innegable. A medida que su suceden los estudos característicos de esta neurosis, — ansiedad melancólica, ideas de persecución, obsesión delirante,

— el propósito criminal va adueñándose del espíritu, el cual, engañado por las continuas ilusiones ó alucinaciones, no encuentra otra defensa contra el peligro imaginario que la muerte del imaginario perseguidor. (Véase Ferry, *L'Omicidio*). La premeditación es de tal modo evidente que el agente conserva á menudo la conciencia de su delirio.

Además, nadie ignora hoy que muchos locos imitan en la premeditación todas las modalidades del delincuente (Lombroso, *L'Uomo delinquente*), y saben adecuar sus acciones á un fin que rigorosamente debe considerarse como previsto, premeditado (Verga, *Del fondamento della pazzia*).

Todo esto nos revela que la teoría jurídica se basa en una hipótesis insostenible, al ver en la premeditación una prueba de inteligencia sana y voluntad libre. La premeditación existe en inteligencias enfermas, como la inteligencia del loco; y la voluntad libre no existe ni en el hombre normal, ni en el delincuente,

ni en el enajenado. Ya Spinoza observaba, con genial previsión, en la tercera parte de su *Ética*, que el hombre ebrio y el hombre en delirio se creen libres de sus actos en el momento en que lo son menos. La teoría jurídica confunde dos cosas distintas, á saber : la voluntad libre y la conciencia ; ó deduce de la conciencia la libertad de la voluntad. La conciencia, que puede existir, y existe amenudo en el loco, como existe en el hombre sano, no es más que la percepción inmediata del estado actual del yo (Herzen, *Le Cerveau et l'activité cérébrale*), y no presupone libertad alguna ; asi como no la presupone tampoco la voluntad, porque ésta es determinada por causas casi siempre desconocidas del agente. El *yo quiero,* dice Ribot, (*Les Maladies de la volonté*) no constituye sino que constata simplemente una situación.

¿ Qué fundamento tiene entonces la premeditación como circunstancia agravante ? Ninguno. Si la premeditación se comprueba en el

enajenado que comete un delito, su efecto es nulo, porque el loco no será penado sino recluido en el manicomio. Si la premeditación se comprueba en un delincuente ocasional, como en el primer ejemplo de este capítulo, ella no basta por sí sola para aumentar la pena, porque precisamente la temibilidad del agente se habría revelado mayor si hubiese cometido el delito sin premeditarlo. Y si la premeditación se comprueba en un delincuente habitual, es superfluo fundar en ella el aumento de la pena, porque ésta se aumentaría siempre en proporción del peligro social que el delincuente encarna.

Desechada la premeditación como circunstancia agravante la represión sería siempre mayor para los delincuentes más temibles, y se evitarían las probabidades de confundir con ellos á delincuentes cuya culpabilidad es mucho menor.

CAPITULO V.

La Embriaguez.

Jurisconsultos, sociólogos y médicos están hoy de acuerdo en considerar la embriaguez como una de las causas más activas en la génesis y multiplicación de los delitos. Alcoholismo y criminalidad son, pues, materias de estudio íntimamente relacionadas, y los problemas sociales y jurídicos que de ellas se deducen tienen una importancia capital.

El primer problema consiste en averiguar si la embriaguez constituye por sí misma un hecho punible *(ebrius punitur propter ebrietatem)*,

ó es solamente una circunstancia (eximente, agravante ó atenuante, según los casos) en la comisión del delito.

Aquellos juristas que son lógicos con el concepto metafísico del delito se inclinan á considerar la embriaguez como punible por sí misma y no por sus efectos. Chauveau y Hélie, en su *Théorie du Code pénal,* dicen : « Que la embriaguez voluntaria sea una falta, nadie lo ha negado ; pero ¿ se deduce de aquí que la falta deba sufrir la pena del crimen ?.... El hombre que se embriaga no debe responder sino de la imprudencia que comete embriagándose; imputarle los actos que ha ejecutado cuando ha perdido la razón es castigar como crimen un acto puramente material, hecha abstracción de la voluntad culpable del agente. » Esta teoría, sostenible hasta cierto punto con la hipótesis del libre albedrío, es sociológicamente inaceptable.

Mientras el ebrio, ora lo sea por accidente

ora por costumbre inveterada, no ha cometido ninguno de los actos ú omisiones que la ley declara delitos, la acción penal es injusta y, sobre todo, ineficaz. La embriaguez es entonces un mal social, y á los males sociales, observa acertadamente Prins, corresponden remedios sociales. Las penas contra la embriaguez han sido siempre inútiles; y el objeto de la profilaxia social consiste hoy, no en paralizar con castigos la evolución del vicio, sino en modificarla en sus fuentes mismas. A este respecto es muy adecuada la teoría de Ferri sobre los « sustitutivos penales », con los cuales la sociedad procura oponer á la atracción del vicio la atracción de placeres inofensivos é intenta suprimir las causas indirectas de la inmoralidad. Contra el alcoholismo Ferri propone, siguiendo en esto á Despine, Foville, Lutard y otros, la difusión de distracciones higiénicas y baratas, la vigilancia sobre la adulteración de vinos y licores, la institución de asilos para ebrios, como existen en los

Estados Unidos *(Inebriate's Home)* y en Inglaterra *(Drunkard's Assylum)* etc. (1).

En vez de inventar medios profilácticos análogos á los que acabamos de citar, la generalidad de los Estados pretenden oponerse á los resultados del alcoholismo procurando disminuir el consumo del alcohol con el aumento del impuesto; pero la experiencia demuestra á diario en todos los países que el abuso de las bebidas alcohólicas no disminuye nunca en proporción del aumento del impuesto (2). Aumentado el impuesto, sucede siempre una de dos cosas: ó el consumo continúa estacionario, y entonces el mal se aumenta por la inferior calidad del producto; ó el consumo continúa aumentando,

(1) Ferri, *I Nuovi Orizzonti del diritto e della procedura penale*, p. 385.

(2) Esta experiencia inspiró probablemente á Gladstone para proponer una vez la supresión de los derechos de entrada sobre los vinos de mesa, con el objeto de restringir los abusos del alcohol.

y entonces el mal aumenta en proporciones mayores. En nigún caso el Estado favorece la salud pública, y antes bien obra en contra de ella facilitando el comercio de productos de mala calidad. El vicio — satisfacción exagerada de una necesidad — no considera en parte alguna como obstáculo el precio de la cosa que lo alimenta ; y la función del Estado consiste, no en hacer más caros ciertos productos que, al mismo tiempo que pueden agravar un vicio sirven para satisfacer necesidades diarias, sino en desviar hácia distracciones útiles ó inofensivas las inclinaciones viciosas del organismo humano....

Analicemos los casos en que la embriaguez es causa del delito ó coincide con él. En nuestra legislación podemos distinguir cuatro casos : 1° Embriaguez involuntaria que destruye la razón ; 2° embriaguez voluntaria ; 3° embriaguez posterior al proyecto de cometer el delito ; 4° embriaguez habitual.

En el primer caso si el agente comete un

delito su irresponsabilidad es absoluta, como la del hipnotizado (1).

Segundo caso: Cuando no es habitual ni posterior al proyecto de cometer el delito, el Código considera la embriaguez voluntaria como circunstancia atenuante. Aqui surje una dificultad que puede ser origen de una pena exagerada. Averiguar cuándo la embriaguez ha sido voluntaria es cosa relativamente fácil; pero es extraordinariamente difícil determinar de un modo racional la naturaleza y extensión de la pena aplicable cuando entre el propósito del agente al embriagarse y el delito cometido no hay conexión ninguna. Veamos un ejemplo. Una persona, habitualmente honrada, bebe un licor con el propósito, no de cometer un delito,

(1) El Dr Ochoa presenta como ejemplo la persona que ha cometido un delito en estado de embriaguez cuando « se le ha hecho tomar el licor con engaño ó por otro medio criminal. — *Exposición del Código penal venezolano*, p. 120.

**

sino de olvidar un dolor moral profundo; y enseguida, su carácter cambia, de pacífico se hace pendenciero, y hiere ó mata. Si el Código ve en este caso una circunstancia puramente atenuante es inconsecuente consigo mismo, inconsecuencia que proviene del falso concepto jurídico del delito. En efecto, si el delito es una acción *voluntaria*, en nuestro ejemplo no existe, porque, aunque la embriaguez haya sido voluntaria, el autor del delito no ha sido el yo normal del agente, sino el yo ficticio que la embriaguez le ha sustituido, y por consiguiente el autor estaba « privado absolutamente de su razón »... Con lo cual, bien entendido, no insinuamos que el autor sea irresponsable: su temibilidad, siquiera ocasional, está demostrada y merece una pena. Lo dicho es para comprobar de nuevo la falsedad é inconsecuencias del concepto legal del delito.

Y son tantas esas inconsecuencias que el Código, que ha sancionado una doctrina en el artículo 1º (fundamento del delito en la volun-

tad del agente) y en el art. 19 (irresponsabilidad del agente privado de la razón), sanciona otra en el art. 21 (atenuación de la responsabilidad en caso de embriaguez voluntaria, aunque el delito sea involuntario) y otra en el art. 349 según el cual se castiga, no la intención sino la imprudencia ó culpa. En nuestro ejemplo, y suponiendo que el agente ebrio haya cometido un homicidio, sin grave imprudencia ó culpa, sufriría la pena de 500 á 5,000 bolívares, ó arresto proporcional.

La ley llega al fin, en este caso, á ponerse de acuerdo con un criterio científico de la delincuencia, aplicando una pena, no proporcional al delito ni á la voluntad del delincuente, sino adecuada á la temibilidad de que es capaz el agente. La ley misma se encarga de probar la inutilidad y el absurdo de la hipótesis del libre albedrío !...

Respecto al 3er caso de ambriaguez basta observar que, siendo posterior al proyecto de cometer el delito y estando demostrado que el

agente se ha embriagado con el propósito de darse ánimo en la ejecución, la embriaguez debe considerarse más bien como una circunstancia agravante.

Cuarto caso.—El Código no considera como circunstancia atenuante la embriaguez *habitual*, y en esto merece una aprobación completa; pero notemos otra vez la eterna contradicción entre el concepto metafísico del delito y la necessidad de protejer á la sociedad contra los agentes que la dañan: si la voluntad libre fuese la condición esencial del delito, el ebrio consuetudinario sería irresponsable, porque, á medida que el alcoholismo se hace crónico, el atractivo, cada vez más potente, del vicio doma la voluntad de una manera absoluta... El ebrio consuetudinario es punible, no por haber sido impotente para resistir á la tentación, sino porque su personalidad es permanentemente peligrosa, como la del delincuente habitual.

Según nuestro Código los tribunales resuel-

ven, con vista de las circunstancias, de las personas y de los hechos, cuando ha de considerarse habitual la embriaguez; — disposición acertada, pero incompleta mientras la experticia de los especialistas no sea obligatoria en todos los casos y no tenga la fuerza del veredicto de un jurado sobre las cuestiones de hecho debatidas. Naturalmente, á los especialistas no puede exigírseles que resuelvan el problema de si el agente obró con libertad moral ó no. « El médico — dice muy bien el Dr Féré — puede ser experto en patología y en clínica, pero no tiene competencia especial para decidir sobre la cuestión del libre albedrío, cuestión de metafísica pura y cuya solución no serviría de base á ninguna deducción práctica (1). » La función del jurado médico-forense consistiría en un estudio amplio y detallado de la vida habitual del reo, individualizando cada caso, « examinándolo en sus

(1) Dr Féré, *Dégénérescence et Criminalité*, p. 51.

antecedentes, en sus particularidades, en sus caractéres múltiples (1) », para determinar el grado de peligro social representado por el agente; y la función del tribunal se reduciriá á declarar, en armonía con las conclusiones de la experticia, el tratamiento penal adecuado.

(1) Dr Vétault, *Étude médico-légale sur l'Alcoolisme*, p. 227.

CAPILULO VI

La legítima defensa.

La legislación sobre la legítima defensa iene para este estudio un interés particular, porque ella determina el momento y las circunstancias en que á la necesidad natural en que se encuentra el individuo de protejerse á sí mismo se sustituye la función social.

Cuando el peligro que amenaza al individuo es actual, de modo que, para salvarse de él, no puede ocurrir oportunamente á la autoridad pública, el individuo es defensor único de su persona, vida y derechos. Un estado de

guerra reemplaza de hecho al estado social; pero, para que el individuo no sea responsable criminalmente de las consecuencias de su defensa, es preciso que en el hecho que podría constituir un delito concurran las circunstancias siguientes: 1ª *agresión ilegítima* por parte del que resulta ofendido por el hecho; 2ª *necesidad racional del medio* empleado para impedirla ó repelerla: 3ª *falta de provocación suficiente* de parte del que pretende haber obrado en defensa propia. (Art. 19, 4ª circunstancia eximente). La ley nace aquí de una contingencia social y de una necesidad humana. Desgraciadamente los comentarios no son siempre lógicos, lo cual proviene de la imposibilidad, con el actual concepto del delito, de establecer reglas generales. Analicemos.

En su comentario sobre agresión ilegítima el Dr Ochoa escribe: « cuando la agresión está fundada en el derecho ó se hace en nombre de la ley, no se nos infiere ningún agravio... Así, no podemos repeler por la fuerza al agente de

policía que nos captura por orden de la autoridad, ni defendernos del padre que nos castiga (1)». La consecuencia, en los términos empleados por el autor, es ilógica. En ambos ejemplos es preciso hacer distinciones esenciales. La agresión del agente de policía puede ser ó no legítima, aún en el caso en que él obre obedeciendo á la orden de la autoridad. Si el agente obra con violencia, fuera de los casos y sin las formas que la ley determina, el ciudadano tiene el derecho de rechazarlo por la fuerza (2). La resistencia á la arbitrariedad está reconocida por la Constitución (3). Y

(1) Dr Ochoa, *Exposición del Código penal venezolano*, p. 99.

(2) Art. 11 de la « Declaración de los derechos del hombre » en la Constitución francesa del 24 de junio de 1793.

(3) Art. 14 : La Nación garantiza á los venezolanos la seguridad individual, y por ella « ninguno puede ser preso ni arrestado sin que preceda información sumaria de haberse cometido un delito que

aun cuando el agente obre obedeciendo á una orden y con las formalidades legales, la defensa será ó no legítima, no según el procedimiento del agente sino según la legitimidad ó ilegitimidad de la orden dada por la autoridad, — circunstancia que se discutirá en el juicio.

En la defensa contra el padre la distinción es análoga. Si el padre corrije ó castiga *moderadamente* á sus hijos *sometidos á su potestad* (art. 241 del Código civil) la defensa del hijo sería ilegítima ; pero, fuera de este caso y de aquel en que interviene el juez para imponer una corrección mayor, la patria potestad desaparece socialmente, el hijo es un ciudadano igual al padre, la ley penal no puede estable-

merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario que decrete la prisión, con expresión del motivo que la causa, á menos que sea cojido infraganti. » — Art. 102 : « Toda autoridad usurpada es ineficaz: sus actos son nulos. »

cer diferencias entre los actos *necesarios* de uno y otro, á pesar de la superflua candidez con que el art. 237 del mismo Código declara que los hijos, cualesquiera que sean su *estado*, *edad* y *condición*, deben honrar y respetar á su padre y á su madre. La ley emplea aquí un estilo de catecismo religioso...

En cuanto á la necesidad racional del medio empleado para impedir ó repeler la agresión, es también imposible establecer reglas generales. ¿Hay, por ejemplo, exceso de defensa cuando el agredido no huye del agresor, pudiendo hacerlo? Carrara, y con él muchos juristas de la escuela metafísica y aun de la escuela ecléctica, sostiene que si es posible la fuga el peligro cesa por el hecho mismo de ser evitable, y desaparece así una de las condiciones indispensables para constituir la defensa legítima. Sinembargo, para fundar tan categórica afirmación sería preciso modificar radicalmente el sentimiento de la dignidad personal. El hombre que, por natural impulso de

ánimo valeroso, prefiere las consecuencias del peligro á las de la fuga, no puede ser punible; y es difícil imaginarse un juez, hombre de honor, capaz de pronunciar contra él una sentencia condenatoria. Tan difícil es, tratándose de defensa, saber dónde termina la necesidad racional y empieza el exceso, que el Código prusiano contiene un artículo, el 41, así redactado: « se equipara á la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en el estado de incertidumbre, temor ó terror, *traspasa los límites* de la defensa. » Y es claro, agrega Giulio Fioretti, que serán contados los casos en que no deban considerarse como existentes aquellas perturbaciones (1).

Para el Código venezolano la legitimidad de la defensa no se refiere sólo á nuestra persona sino también á nuestro derecho. Pero,

(1) Véase el estudio de Fioretti en el *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, vol. VI, 1885.

¿ qué significa aquí la voz derecho ? Desde luego, es preciso excluir el honor : la defensa del honor nos es una circunstancia eximente sino atenuante ; y esto, cuando ha precedido inmediatamente provocación ó amenaza adecuada ó cuando la defensa es vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito ó á sus próximos parientes (art. 21, circunstancias 4ª y 5ª). La ley quiere que cuando la vida no está inmediatamente amenazada, el ofendido ocurra á la jurisdicción ordinaria. Sinembargo, de exijir esto de un modo absoluto pueden resultar varios absurdos. Si á una ofensa grave al honor el ofendido responde inmediatamente con una bofetada que arroja por tierra al ofensor, causándose éste en la caída una herida grave, el delito jurídico existe, siquiera con circunstancias atenuantes; pero es difícil admitir que exista siempre el delito natural. El absurdo es aún mayor cuando á la ofensa grave al honor el ofendido no responde con hechos sino con la provocación á un

duelo, que el ofensor acepta : ¿ las consecuencias del duelo y el duelo mismo constituyen delitos ?

No insistimos sobre estas cuestiones, que analizarémos en un capítulo especial (1) ; pero es oportuno apuntar desde ahora una observación. Si la responsabilidad podría quizás aceptarse cuando el ofendido responde con vías de hecho, porque la respuesta material sería ámenudo comienzo de una riña salvaje ; en cambio, en la provocación á un duelo, en el duelo mismo y en sus consecuencias, es imposible hallar ninguno de los elementos del delito, porque ambos adversarios se someten á las reglas sancionadas para estos casos por los hombres de honor y á la dirección de los padrinos que son verdaderos jueces escojidos voluntariamente por las partes.

En cuanto á la defensa de los bienes, otra observación. La doctrina jurídica general-

(1) Véase el Capitulo III del Estudio tercero.

mente aceptada es que la defensa de la propiedad no produce la impunidad del delito sino cuando el ataque á la propiedad es al mismo tiempo un ataque á la persona. Hay casos, sinembargo, en que la simple defensa de la propiedad podría considerarse como una circunstancia eximente ; y á este respecto merece ser citada la opinión de un comentarista italiano, el cual logra armonizar momentáneamente su criterio metafísico con el criterio positivo. « Aceptando — dice — la opinión de los modernos criminalistas, como Carmignani y Carrara, de que la defensa es legítima cuando el mal que se quiere evitar era irreparable, yo creo que á aquel que mata para salvar sus bienes, — cuando es imposible evitar de otro modo el hurto y cuando el hurto significa para su familia y para él la angustia de perpetua miseria, — un juez prudente deberá tenerle en cuenta su estado de ánimo y ser parco en la aplicación de la pena, *á no ser que* esté convencido de que el fantasma de la ruina que

amenazaba al reo le ha quitado la libertad de sus actos, poniéndolo en la imposibilidad de obrar de otro modo (1). » En este caso la absolución es necesaria : la defensa de su propiedad era para el reo cosa tan importante como la defensa de su vida. Observemos, además, que el concepto, ó mejor, el sentimiento de la propiedad varía considerablemente en los individuos, y que el juez debe tener siempre en cuenta estas variaciones. Entre el rico y el pobre la diferencia es generalmente enorme. Si en la defensa de dos cosas de valor mercantil igual, el rico y el pobre cometen el mismo exceso, la pena contra el primero debe teóricamente ser mayor por la sola circunstancia de que el mal que le amenazaba era menor. Análoga diferencia, siquiera menos profunda que la anterior, entre el hombre generoso ó desprendido y el

(1) E. Pincherli, *il Codice penale italiano annotato*, p. 77.

hombre avaro. El mismo exceso de defensa es menos punible en el segundo que en el primero; porque si la pena fuese igual la ley castigaría en el avaro no sólo el exceso de defensa sino también su avaricia, simple defecto del individuo que no es incompatible con la vida social...

La legítima defensa se extiende también á los próximos parientes y á los extraños; pero con las condiciones, en el último caso, de que el extraño tenga derecho á defenderse y que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ni otro motivo ilegítimo (art. 19, caso 6º). La primera de estas dos condiciones presenta en la práctica grandes dificultades. Para que la intervención del defensor quede justificada, ¿ es preciso que el ofendido tenga realmente derecho á defenderse; ó basta que el defensor crea que el ofendido está en su derecho repeliendo el ataque? El Código adopta teóricamente la primera solución; pero esta solución puede originar, y origina en

efecto, más de una injusticia. Supongamos que el defensor llegue en el momento en que Pedro amenaza con un puñal á Pablo. Ignorante de los antecedentes y causas de la contienda, el defensor toma parte en favor de Pablo y llega hasta á herir ó matar á Pedro. Dos cosas son posibles aquí : ó bien Pablo tenía razón de repeler el ataque, porque Pedro le amenazaba sin causa alguna, y el defensor es entonces absuelto según los términos de la ley; ó bien Pablo acababa de dar un bofetón á su adversario (sin que el defensor lo viese) y entonces la razón está de parte de Pedro. ¿ Será punible en este caso el defensor, que obró movido por un sentimiento noble, uniendo sus fuerzas á las de quien él veía en inminente peligro y á quien las apariencias daban razón? Según los términos de la ley, estrictamente interpretados, el defensor es punible : según la equidad más elemental, nó...

Conclusión : Las inconsecuencias y dificultades prácticas apuntadas en los capítulos anteriores provienen todas del concepto jurídico del delito, fundado en la voluntad libre del agente, y, ninguna de ellas subsistiría, por consiguiente, si se adoptase un concepto positivo del delito, fundado en la temibilidad, ocasional ó instintiva, del delincuente.

ESTUDIO SEGUNDO.

Delitos problemáticos.

CAPITULO I

Los delitos políticos.

El Código venezolano llama á los delitos políticos: « delitos contra la independencia, integridad y orden público de la Nación y de los Estados » y « atentados y desacatos contra la autoridad pública ».

Analicémoslos sucesivamente para determinar hasta qué punto el sistema penal se armoniza con la filosofía constitucional, y averiguar el grado de justicia y eficacia de las penas adoptadas.

El más grave de los delitos políticos es la

traición á la Patria. Son reos de él, según el art. 115: « Primero. — Los venezolanos que de acuerdo con una nación extrangera ó con enemigos exteriores, conspiran contra la independencia de Venezuela, contra sus instituciones ó contra la integridad de su territorio, ó la hostilizan por cualquier medio, para alguno de estos fines (1). Segundo.—Los venezolanos

(1) Nuestro Código pudo haber hecho una distinción análoga á la que contienen el Código alemán y el húngaro. En Alemania se distingue el caso en que el ciudadano alemán se encontrase al servicio militar de potencia extrangera *antes* de la declaración de guerra y permanece en ella después, del caso en que el alemán tomase servicio militar en el ejército enemigo durante una guerra contra el Imperio: en el primer caso se disminuye considerablemente la pena. El Código húngaro hace la misma distinción; pero exije, para aplicar la pena, dos condiciones importantes; á saber: que el húngaro que se encuentra al servicio militar de una potencia enemiga permanezca en servicio *sin ser obligado* á ello y *combata* contra el ejército nacional.

que en el seno mismo de la Patria ó en territorio extraño, por sí solos sin complicidad con otra nación, atentan contra la independencia ó integridad del territorio de la República. »

La integridad é independencia del territorio son los fundamentos del sentimiento é idea del patriotismo, y esta sola circunstancia basta para justificar la severidad con que se castigan los delitos de traición á la Patria (presidio cerrado por el tiempo de cinco á diez años; pérdida de honores, cargos, grados, y suspensión de los derechos de ciudadano por diez años: los militares incurren, además, en la pena de inhabilitación para recuperar sus grados, cargos y honores y para obtener otros durante su vida, sin perjuicio de sufrir también las penas del Código militar (art. 116). »

La Rebelión. — Art. 117: « Son reos de rebelión: *Primero*: Los venezolanos que dentro ó fuera de la Nación, conspiran para destruir el pacto fundamental de la Unión y forma polí-

tica que se ha dado la República. *Segundo*: Los venezolanos que en tiempo de guerra extrangera con Venezuela, aparecen sublevados con armas contra el Gobierno legítimo de ésta, y no las deponen á la primera intimación que la autoridad pública les haga. *Tercero:* Los que se alcen públicamente y en actitud hostil contra las legítimas autoridades ó Cuerpos legislativos ó administrativos, para deponerlos ó violentarlos, ó embarazarles el libre ejercicio de sus funciones constitucionales ó legales, ó *impedir las elecciones nacionales;* y *Cuarto:* Los que promuevan la guerra civil entre la Unión y los Estados, ó entre estos, ó *impidan las elecciones.* »

Este artículo es una maravilla de confusión é ilogismo. Es imposible imaginar una redacción más desgraciada. ¿ Por qué los finales de los casos *tercero* y *cuarto*, donde se habla de los que impiden las elecciones, no forman un artículo aparte que califique un delito especial ? Equiparar los que impiden las elecciones á los

que conspiran para destruir la forma política de la nación y los que en tiempo de guerra extrangera se sublevan contra el Gobierno, es un criterio por tal modo original que toda crítica detallada parecería superflua.

Fijémonos sólo en el delito de rebelión, sinómino aqui de revolución, y empecemos por comprobar un hecho. En las Repúblicas de la América latina es donde más han abundado, y abundan todavía, las revoluciones ; y precisamente en ellas es donde menos se han aplicado las penas legales (1). Cuando estalla una

(1) Bien es cierto que, en materia de revoluciones, los Estados europeos no están mucho más avanzados que los americanos. La única diferencia en favor de los primeros es que sus revoluciones tienden á hacerse menos frecuentes. En Inglaterra no hay ya revoluciones ; pero toda là historia constitucional de Inglaterra es una sucesión de hechos revolucionarios, desde la *Gran Carta* (1215) hasta el *Bill de los Derechos* (1688) y el *Acta de establecimiento* (1701) que representan los triunfos, obtenidos por la fuerza, de

revolución sucede una de dos cosas : ó bien la revolución no es suficientemente popular, ó no llega enseguida á igualar por lo menos sus fuerzas á las del Gobierno, y entonces los jefes revolucionarios son fusilados, expulsados ó juzgados y condenados por tribunales que se inspiran en intereses de partido ; ó bien la revolución encuentra rápida y simpática acojida en la mayoría de la población, y entonces el

las libertades públicas y poder parlamentario contra los derechos de los reyes. La historia política de Francia es una contínua revolución desde el siglo pasado : hoy mismo, establecido ya, de un modo que parece definitivo, el régimen republicano, las reformas constitucionales y los cambios en el personal del Gobierno se hacen por las mayorías parlamentarias, sin consultar á los ciudadanos.... El siglo que termina ha sido esencialmente revolucionario, para los pueblos de raza latina sobre todo ; y esto viene de que el problema capital de la política ha consistido y consiste en sustituir, por cualquier medio, el régimen democrático al régimen autocrático y oligárquico.

Gobierno existente cede el poder á los vencedores. En el primer caso, cuando los revolucionarios no han hecho un tratado con el Gobierno ni logrado un indulto previo, aparecen siempre como víctimas dignas de compasión y ámenudo como mártires de una lucha desgraciada, pero santa. De donde ha resultado que la opinión pública es hoy francamente opuesta al castigo de los revolucionarios vencidos. Además, este estado de la opinión pública se explica también por la circunstancia de que la mayoría de las revoluciones han sido efectos de la opresión de los Gobiernos. Exasperados por el poco respeto á las leyes que los gobernantes revelan, los pueblos justifican toda reacción que puede traer consigo un cambio favorable en las prácticas gubernativas y en las costumbres políticas ; y de un modo inconsciente (todo dogma popular se establece inconscientemente) llegan á reducir la moral de las revoluciones á dos principios ; á saber : si los que se sublevan son

unos cuantos espíritus exaltados, movidos por intereses personales ó vacíos de toda idea simpática á las mayorías, la simple acción de la policía local basta para reducirlos á la impotencia, siendo entonces inútil el castigo ; y, si la revolución se propaga en la mayoría de los ciudadanos, al Gobierno no le queda otro camino que el de someterse, siendo el pueblo único responsable de las consecuencias de la crísis política y de los resultados del nuevo orden constitucional. (1)

Pero la práctica de las instituciones democrático-liberales tiende á sustituir la evolución pacífica á la rebelión armada — sustitución que en Venezuela empieza á verificarse con mayor rapidez que en otras repúblicas — y es preciso determinar la penalidad lógica aplicable á los revolucionarios *vencidos*.

El art. 118 señala como penas de la rebelión

(1) Véase nuestra *Filosofía Constitucional* (Paris, 1890) p. 358 y siguientes.

la de « uno á cuatro años de presidio cerrado y la de inhabilitación para todo cargo público durante ese tiempo.» Las penas del Código de 1873 eran la de « expulsión del territorio de la República por tiempo de tres á siete años y la de inhabilitación para todo cargo público por tiempo de dos á cinco años. » Hé aquí una prueba, entre ciento, de que la evolución legislativa es á menudo retrógrada. En 1873 los legisladores habían revelado un concepto racional del delito político ; en 1884 caen de un salto en el sistema despótico. ¿ La experiencia demostró al legislador que las penas de expulsión é inhabilitación no eran suficientes, ó la opinión pública pidió mayor severidad ? Ni una ni otra cosa. De 1873 á 1884 hubo más de una rebelión, y ninguno de los rebeldes fué juzgado siquiera (1) ; y en cuanto á la opinión

(1) El General Revollo, único caso que podría citarse, fué juzgado según el *Código militar* por el Jurado de guerra.

pública, ella ha sido siempre contraria á las penas severas en estos casos. Los legisladores de 1884 obedecieron, pues, á cualquier propósito político; pero es evidente que tal propósito tenía una dirección opuesta á la de la voluntad nacional.

La *Lex Julia* de los romanos estableció como pena para los delitos políticos la *aquæ et igni interdictio*. Nuestros legisladores han querido ser más severos..... en el Capitolio. Felizmente á los tribunales no se les presenta la ocasión de llevar á la práctica tal severidad: los rebeldes no son juzgados siquiera. El Código volverá, sin duda alguna, á la expulsión é inhabilitación, penas absolutamente adecuadas y eficaces. El delincuente político no revela una perversidad de la misma naturaleza que la del delincuente común: su temibilidad depende sólo de la exasperación de pasiones, casi siempre nobles y generosas; y el mejor, el único medio de procurar que vuelva á la vida pacífica es el de aislarlo temporalmente

de su Patria. La crueldad del presidio no daría otro resultado que el de convertir en mártires á todos los rebeldes...

Análoga crítica merece la pena de prisión escojida para los delitos de *sedición* y *motín* ó *asonada* (1). Aislados, por la expulsión al

(1) Art. 119 : « Son reos de sedición : *Primero* : — Los que se alzan pública y tumultuariamente, no para sustraerse de la obediencia debida al Gobierno legítimo, sino para oponerse con armas ó de hecho, tanto en lo relativo á la Unión como respecto de los Estados, á la ejecución de alguna ley, acto constitucional, legal ó de justicia, servicio legítimo ó providencia de las autoridades, ó para resistir violentamente á éstas ó á sus agentes ; y *Segundo* : — Los que de cualquier otro modo que no sea de los expresados en los artículos anteriores, promuevan ó fomenten reuniones tumultuarias contra el orden pública y tranquilidad de las poblaciones. »

Art. 121 : « Son reos de motín ó asonada : — *Primero* : — Los que sin estar comprendidos en los casos de traición, rebelión ó sedición, se reunen en movimiento insubordinado de diez personas por lo

extrangero ó á otro Estado, según los casos, del medio en que ejercen su prestigio y cuentan con fuerzas morales temibles, los autores de aquellos delitos representarían un peligro menor que reducidos á prisión. Además, las penas de « sugeción á la vijilancia de la autoridad, caución de no ofender ó dañar y amonestación ó apercibimiento » serían verdaderamente eficaces contra tales reos, cuando cometen el delito por primera vez, sin perjuicio de aplicar la expulsión cuando los efectos de la sedición ó motín han sido considerables, y en caso de reincidencia.

menos, para exijir por fuerza ó amenaza que las autoridades ó funcionarios públicos, como tales. otorguen ó hagan alguna cosa injusta, ó dejen de ejecutar algún acto legítimo ; y *Segundo* : — Los que del mismo modo se reunen para hacerse justicia por sí mismos, empleando la fuerza ó cometiendo cualquier violencia ; ó para intimidar á otras personas ú obligarlas por la fuerza á alguna cosa justa ó injusta ; ó para turbar, por medios violentos, algún acto público. »

El atentado contra la autoridad pública.—Art. 144 : « Comete atentado contra la autoridad pública el que, sin alzarse públicamente ni estar comprendido en los casos de motín ó asonada, acometa ó resista con violencia á los funcionarios públicos, ó emplee fuerza ó intimidación contra ellos, ó contra sus agentes, cuando ejerzan las funciones de su cargo. » Ya hemos indicado, al hablar de la legítima defensa (1), una excepción racional á la doctrina expuesta en este artículo. La resistencia á la arbitrariedad es un derecho individual ; y sólo cuando en el juicio se demuestre la legalidad del proceder del funcionario y el exceso de resistencia por parte del reo, habría delito de atentado (2).

(1) Véase la página 72.

(2) Las penas del atentado son (art. 145) « prisión por tiempo de seis meses á dos años é inhabilitación por el mismo tiempo para ejercer todo destino público, cuando concurre alguna de las circunstancias

El desacato contra la autoridad pública. — Art. 146 : « Es reo de desacato contra la autoridad el que insultare ó amenazare *de palabra, por escrito ó de cualquiera otra manera* al Presidente de la Unión, á los miembros del Congreso nacional, á los Vocales de la Alta Corte Federal, á los Presidentes de los Estados ó á los ministros del despacho del Ejecutivo nacional, ó cualquiera otra autoridad pública. » Art. 147 : « Cuando el insulto ó la amenaza á las autoridades especificadas en el artículo prece-

siguientes : 1ª que la agresión se verifique á mano armada ; 2ª que los delincuentes sean funcionarios públicos ; 3ª que pongan mano en la autoridad ó en las personas que acudan en su auxilio; 4ª que por consecuencia de la coacción, la autoridad hubiere accedido á la exigencias de los delincuentes. No habiendo ninguna de estas circunstancias, la pena es de *res á doce meses de prisión.* » Pena exagerada en el último caso y fácilmente reemplazable por las penas no corporales de que hemos hablado para la sedición y la asonada.

dente fuere grave, se aplicará al delincuente la pena de *dos á seis meses de arresto* ó multa de 250 á 1.000 bolívares ; si fuere leve, se le aplicará la mitad de estas penas. — En estos casos *la provocación á duelo, aunque sea privada ó embozada,* se reputará amenaza grave para los efectos de este artículo ; y circunstancia *agravante,* la de inferirse el desacato á las autoridades *cuando estuvieren desempeñando sus funciones.* » Art. 148 : « El desacato cometido contra cualquiera otra autoridad que no sea de las especificadas en el artículo 146, si no estuviere penado por las leyes orgánicas especiales, será castigado con arresto que no pase de cuarenta días, ó con multas que no excedan de 500 bolívares. »

Nótese ante todo que, para que haya delito de desacato, no se requiere que el funcionario esté desempeñando sus funciones : esto es circunstancia agravante del delito. Hé ahí un privilegio inconcebible en una república democrática. En otros países, donde el origen

único de la autoridad no es la voluntad de los asociados, concíbese fácilmente que los funcionarios públicos se arroguen derechos inherentes á las funciones mismas que ejercen; pero en un país donde el funcionario lo es tan sólo por el mandato determinado que de los electores recibe, sea directa ó indirectamente, — la especificación del delito de desacato no es más que un pretexto para poner en manos de los gobernantes un arma más contra los ciudadanos.

Y la ley no se conforma con acordar á las autoridades un privilegio cuando ejercen sus funciones, sino que lo mantiene en todo caso! Los redactores de nuestro Código olvidaron una condición esencial del régimen democrático; á saber: la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El funcionario no se distingue del simple ciudadano sino en los momentos y lugares en que ejerce su mandato: podría entonces reprimirse el desacato, no como un delito (porque el insulto y la amenaza no serán á menudo

más que resultado de la exasperación en que se encuentra un ciudadano cuando se cree víctima de una injusticia ó cuando considera indigno al mandatario) sino como mera falta de cortesía ó buena educación, merecedora á lo sumo de las penas de amonestación y multas ligeras.

Lo que los funcionarios consideran como insultos y amenazas es el ejercicio del derecho que todo individuo conserva para juzgar como le place la conducta de quienes son simples mandatarios suyos, y para procurar correjir lo que considera como abusos ó imperfecciones políticas. Los excesos de este derecho individual no dañan ningún derecho de los funcionarios, porque estos, como tales, no tienen más que deberes para con los ciudadanos, ni demuestran en quien se deja arrastrar al exceso ninguna perversidad criminal, sino más bien la exaltación de sentimientos austeros. Para librarse de las críticas y acusaciones públicas, los funcionarios tienen tres vías abiertas : pro-

bar por escrito, de palabra ó con sus actos que las críticas y acusaciones son infundadas ; correjir su conducta, ó dimitir su cargo (1).

Si es en su honor de ciudadano que el funcionario se cree atacado, las leyes penales lo protejen como á todos los demás con las disposiciones relativas á los delitos de calumnia é injuria (artículos 450 á 459). Pero, á este respecto, apuntemos otra inconsecuencia del Código. Cuando se trata de injurias contra los particulares, al acusado no se le admite prueba sobre la verdad de las imputaciones (á menos que á la injuria « se junte la necesidad de una racional defensa, ó un móvil de interés por la causa pública » art. 458) ; pero cuando la injuria se dirige contra empleados públicos « por hechos concernientes al ejercicio de su cargo », el acusado será *siempre* absuelto si

(1) Puede verse la teoría de la libertades individuales en nuestra *Filosofía Constitucional*, cap. V.

prueba la verdad de las imputaciones (art. 459). De modo que la ley permite *injuriar con motivo* á los funcionarios públicos, pero no *insultarlos*. ¿Qué diferencia racional puede un juez establecer entre la injuria y el insulto? ¿No caben todos los insultos posibles en la definición legal de la injuria? Es injuria, dice el art. 454, «*toda expresión proferida ó acción ejecutada* (¿ no entra aquí también la amenaza de que se habla en el desacato?) *en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona*».

El acusado absuelto del delito de injuria contra un funcionario público ¿ será al mismo tiempo penado por el de desacato? El absurdo, por enorme que parezca, existe en la teoría legal! La injuria contra la autoridad pública es considerada, lo mismo que el desacato, como delito de acción pública, perseguible de oficio (art. 465); y esta circunstancia contribuye á descubrir el fundamento del concepto jurídico del desacato. En el desacato é injuria contra la autoridad parece que la ofensa se

al
Pero
mere-
mia-
os
mento,
tras es
Gobierno
Gobierno
anales
— se que
igu-
su juicio
será
nosi-
mos la
mundo el
ha recibido
mes públi-
se sirvió beri-
a imaginario
es nos na-

tural y lógica (y por ello convenimos en que la violencia se reprima entonces con una pena adecuada); pero en toda circunstancia en que el ciudadano no ejerce mandato alguno, por elevada que sea su posición en la jerarquía gubernamental, se confunde con los otros ciudadanos, debiendo, por consiguiente, sometrese al derecho común. Lo demás es sancionar aún el concepto despótico de que el funcionario es un individuo privilegiado en la vida pública y en la vida privada. Así sucedía cuando el derecho emanaba de la voluntad divina y los cargos públicos eran graciosas concesiones del Rey ó privilegios inherentes á ciertas clases sociales...

CAPITULO II

El Adulterio.

Desde el estado salvaje hasta la civilización contemporánea la idea constitutiva del delito de adulterio ha sido la de un ataque á la propiedad, cosa natural si se atiende á que la forma más generalizada del matrimonio ha sido la compra de la muger por el marido. En las sociedades primitivas, cuando aún no existe el sentimiento del honor marital, el marido se venga por sí mismo en el adúltero de haberle robado su esclava ó su cosa. En las sociedades civilizadas el poder castiga en el adul-

terio además del ataque á la propiedad del marido la ofensa á su honor (1). Todo el progreso ha consistido en la humanización de las penas; pero tal humanización encuentra un límite en el concepto jurídico del matrimonio, según el cual los derechos y el honor del marido gozan de privilegios exclusivos.

Art. 416 : « El adulterio se castiga en la muger casada que lo comete, con reclusión penitenciaria por tiempo de uno á cuatro años, ó con prisión por tiempo de seis meses á tres años, y además con pérdida de una tercera parte de los gananciales á favor del marido. El adúltero, su correo, sufre la misma pena corporal. » En cambio (art. 417), el adulterio del marido sólo se castiga « cuando tiene manceba dentro de la casa conyugal, con las penas de prisión

(1) Son muy contadas las legislaciones que no consideran el adulterio como un delito : entre ellas, pueden citarse la legislación inglesa, el Código de Ginebra (1874) y el del Estado de New-York (1882).

por tiempo de tres meses á un año y pérdida de la cuarta parte de las gananciales en favor de su consorte. La manceba se castiga en tal caso con expulsión fuera del Estado, ó con confinamiento por tiempo de uno á dos años. » Esta diferencia parece revelar, desde luego, que la ley castiga una cosa en el adulterio de la muger y otra en el adulterio del marido. En el adulterio de la muger, punible en tado caso, el fundamento del delito es el ataque á la honra del marido : en el adulterio del marido, punible en un solo caso, el fundamento del delito es el ataque á la moralidad pública, resultante de una bigamía de hecho. Tenemos, pues, un delito con dos fundamentos diversos, ó mejor : dos delitos distintos. Con el matrimonio, la honra del marido adquiere el privilegio de consustanciarse con el respeto debido á la moralidad pública; puesto que la ley la proteje siempre ; olvidando la honra de la muger, de la cual no se preocupa sino cuando existe el escándalo del amancebamiento en

su propio hogar. Además, la pena para el marido adúltero, á pesar de existir contra él la circunstancia agravante de ser bígamo de hecho y con escándalo, es siempre menor: prisión por tiempo de tres meses á un año (para la muger es de reclusión penitenciara por tiempo de *uno* á *cuatro años* ó prisión por tiempo de *seis meses* á *tres años*) y pérdida de la cuarta parte de las gananciales en favor de su consorte (la muger pierde la *tercera* parte!) Y no es esto todo: la muger pierde hasta sus derechos de madre: « la madre declarada adúltera, por sentencia ejecutariada, (dice brutalmente el art. 238 del Código civil) *no podrá en ningún caso ejercer la patria potestad!* »

Esta legislación, inconsecuente é injusta, subsistirá probablemente mientras subsista el matrimonio como contrato perpetuo que origina derechos desiguales: pero, aun en este estado de cosas, merecen meditarse las consecuencias de los dos hechos siguientes:

Primero. — El delito de adulterio es de acción privada ; ¿ por qué castigarlo entonces con penas privativas de la libertad, cuando el objeto esencial de éstas es protejer á la sociedad contra los agentes que representan un peligro para todos los asociados, y cuando en el adulterio, (la ley misma lo reconoce (1), salvo en el caso de adulterio ó amancebamiento escandalosos, el único herido es el cónyuge ? La simple pena pecuniaria sería bastante para hacer justicia al querellante, al cual quedaría, además, el recurso de suspender, con el divorcio (2), un contrato en que la otra parte no ha

(1) Art. 418 : « Cuando en los casos de los artículos 415 y 417 el marido ó la muger fueren conniventes ó consentidores del delito de su consorte, *no se impondrá pena al culpable*, salvo el caso de adulterio ó amancebamiento escandalosos. — Art. 411 : No hay adulterio, cuando la muger casada es pública y está abandonada por su marido. »

(2) Art. 156 del Código civil : Es causa legítima de divorcio « el adulterio de la muger en todo caso,

sabido ó podido sugetarse á sus obligaciones.

Segundo: (este hecho se deduce lógicamente del primero) la sociedad no confunde jamás al adúltero con el delincuente ordinario : no vé en aquel un agente temible, sino sólo un individuo que tiene y practica una idea más ó menos reprensible *moralmente* sobre la naturaleza de las relaciones sexuales ; y de ahí que la

y el del marido cuando mantiene concubina en su casa ó notoriamente en otro lugar, ó si hay un concurso de circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave hácia la muger. » — Nótese, además, la contradicción entre el Código penal y el Código civil : según el primero (art. 417) el adulterio del marido sólo es punible cuando tiene manceba dentro de la casa conyugal ; según el art. 156 del Código civil la muger puede pedir el divorcio cuando el marido mantiene concubina notoriamente *fuera* de la casa conyugal ó cuando el adulterio constituye una injuria grave hácia la muger. ¿ Por qué el Código penal no considera también como delitos estos dos últimos casos ?

sociedad no aplique al adulterio sino penas *morales*. Cuando el adulterio procura y logra ocultarse en penumbras discretas, la clase social á que pertenece el culpable no se conmueve: el epigrama, la ironía velada, á lo sumo la burla espiritual bastan á menudo, como satisfacción, á los que han podido ver en las penumbras; y, cuando el adulterio es generalmente conocido, el culpable se vé aislado de hecho de la clase social á que pertenecía, sintiendo que los principios y hábitos reinantes en ésta no están ya de acuerdo con los suyos.

El juicio penal es considerado por la sociedad como simple debate de intereses privados entre el querellante y el reo. La esencia misma del delito, el peligro social, no existe en el adulterio; y, más lógica que la ley, la opinión pública es ya contraria á todo castigo. ¿Se dirá que el objeto de la pena es reaccionar contra la inmoralidad? Tal vez; pero es cosa evidente que las penas contra el adulterio no han impedido nunca su frecuencia. « Si la ley

impidiese el adulterio — observa muy bien Lombroso — merecería aplausos, pero habitualmente, en todos los procesos, es más bien la víctima quien resulta condenada ; » de donde resulta que, al pretender correjir una inmoralidad, la ley comete otra mayor. Además, en el adulterio, la víctima, la parte simpática al público, es á menudo el cónyuge adúltero, lo cual se explica por la constitución actual del matrimonio. Si el amor — que es la esencia moral del matrimonio — no existe ya ; si al amor, que determinó la unión ó el proyecto de unión de dos vidas, se ha sustituido otro amor que las separa ¿ qué fuerza coercitiva puede emplear la sociedad para mantener lazos imposibles? ¿ La fuerza de la ley que declara el matrimonio indisoluble ? De ahí viene precisamente la frecuencia del adulterio, y de ahí viene que al cónyuge adultero se le considere más bien como víctima de una legislación que, haciendo de un simple contrato consensual una asociación forzosa (transformación del

sacramento católico) somete á reglas prehechas el sentimiento y encierra las relaciones sexuales en una moralidad contradictoria con los principios y costumbres de los mismo asociados.

¿Cómo evitar las contradicciones de la ley y las injusticias de su aplicación? La opinión pública tiende á no considerar el adulterio como un delito; y, si esta tendencia predomina, los resultados naturales de una querella de adulterio serán: el divorcio, para pronunciar legalmente el fin de un contracto que de hecho no existe ya, y la indemnización civil por parte del adúltero, como consecuencia de haber faltado á la obligación contraida.

Entonces desaparecerán disposiciónes tan monstruosas como la del art. 357: « no incurre en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio á su muger y á su cómplice, *mata*, *hiere* ó *maltrata* á uno de ellos ó á ambos, llevado de su justo resentimiento. En

tales casos, las penas del homicidio ó lesiones graves *se reducen á una prisión que no exceda de un año* ni baje de dos meses, ó á confinamiento por doble tiempo dentro del Estado. Esta misma mitigación de pena tiene lugar en las lesiones ú homicidios ejecutados por los padres ó abuelos que sorprenden en su propia casa á sus hijas ó nietas en acto carnal con hombres que no sean sus maridos. Las lesiones leves que causen los ofendidos á los ofensores en tales casos, quedan impunes. »

La muger que, en los mismos casos, mata ó hiere al marido, obtendrá á lo sumo el beneficio de circunstancias atenuantes. La ley considera el resentimiento de la muger engañada como infinitamente menos justo que el del marido (1). Una ley de la India antigua estaba

(1) Art. 346 : «Los autores de un homicidio intencional perpetrado en alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos ó ilegítimos, *ó en su cónyuge*, sufren la pena de presidio cerrado por tiempo de

redactada así : « aunque la conducta de su esposo sea reprensible; aunque éste se entregue á otros amores y carezca de buenas cualidades, una muger virtuosa debe constantemente venerarlo como á un Dios. » Nuestra legislación sanciona todaviá la misma doctrina.....

En cuanto á la mitigación de pena en favor de los padres ó abuelos, sería preciso hacer una distinción esencial. O las hijas y nietas culpables están bajo la patria potestad; y entonces puede comprenderse que la ley acuerde circunstancias atenuantes al reo, pero imponiéndole siempre las penas ordinarias del homicidio y lesiones, en vez de la pena especial y levísima de dos meses á un año de prisión; ó son mayores de edad, en posesión independiente de derechos civiles análogos á

siete á diez años. » En esta pena podría incurrir la muger que se dejase llevar por lo que el Código llama en el marido *justo resentimiento.*

los de sus ascendientes, y entonces no se explica la enormidad de la excepción sino por la supervivencia de otra ley antigua: la que consideraba á la muger como propiedad del padre cuando no lo era del marido.

CAPITULO III.

El duelo.

El problema del duelo se plantea y resuelve de un modo análogo al problema del adulterio, de que hemos hablado en el capítulo anterior. ¿ Es una inmoralidad, constitutiva de un delito natural ? Y en caso de serlo, ¿ cuáles serán la reacción social y la extensión de la pena ?

Observemos desde luego que todas las protestas contra el duelo se hacen cuando el hombre piensa tranquilamente al calor del hogar ó comenta, inclinado ante un libro, series de máximas morales. El pacífico burgués, acos-

tumbrado á la calma y al orden, verá en el duelo un peligro, una amenaza para el equilibrio de su apacible existencia. El austero jurista, en cuyo cerebro ha ido acumulándose el polvo de los expedientes y en cuya cara se refleja la amarillenta palidez de los viejos códigos, juzgará con el mismo criterio al duelista y al asesino, alegando que ambos desconocen la santidad de la ley escrita, aún en los casos en que ésta no sea más que un fetique sin prestigio ó la fosilizada secreción de seculares despotismos. Pero, contéstese al lenguaje grosero del burgués con una bofetada, arrójense á la cara del jurista sus legajos de papeles, y ya se verá cómo, si no han perdido el sentimiento de la honra personal, el primero olvidará que existen tribunales, el segundo olvidará que la ley es santa, para demostrar en leal combate su dignidad ó su honradez. Ambos pensarán con Dumas hijo (y con todos los hombres en quienes la sangre tiene todavía suficiente calor para encender las mejillas) que « en ciertos

casos es absolutamente necesario que un hombre mate á otro ó se haga matar por él (1).»

Se replicará que esto no es cierto sino en los países donde las costumbres sociales han hecho necesario el duelo. Sí, ¿ pero qué sucede en los países donde las costumbres le son contrarias ? Que pocos se conforman con los juicios de los tribunales, y, por consiguente, rara vez se intentan. Y como la generalidad de los hombres no han adquirido aún la mansedumbre del Cristo para resignarse á recibir las mismas caricias sobre ambas mejillas, apelan á medios verdaderamente salvajes : al duelo imprevisto, ó al asesinato, que es lo mismo. Los Ingleses, enemigos en teoría del duelo caballeresco, merecen citarse por la brutalidad de que hacen gala en los asuntos de honor. En otros países, donde la costumbre no favorece el duelo, el hombre ofendido ataca

(1) Carta al barón de Vaux sobre el libro *Les Hommes de sport*.

á menudo á su ofensor donde quiera que lo encuentra, sin preocuparse un solo instante de las consecuencias, sin recordar una sola vez que obra contra las leyes y será castigado. Compárense los dos sistemas, y dígase de qué parte están la hidalguía, la nobleza y la verdadera cultura.

Ante las necesidades sociales han sido siempre letra muerta los alegatos filosóficos, las prohibiciones religiosas y las penas de los códigos. En el siglo XVI los doctores del Concilio de Trento declararon que el duelo era una invención diabólica y amenazaron con la excomunión á los duelistas (1), pero, á pesar del Diablo y de la Iglesia, nunca fueron más frecuentes los duelos. Las leyes láicas, no han sido más eficaces: en parte alguna la pena, por

(1) Detestabilis duellorum usus, *fabricante diabolo*, introductus ut cruenta corporum morte *animarum* etiam perniciem lucretur. — *Decretum de reformatione*, cap. XIX.

severa que sea, impide el duelo. La decisión judicial no satisface nunca al hombre digno, porque no lo rehabilita ante sus semejantes. Cuando un individuo se queja de otro por una injuria ó calumnia, si el tribunal condena al reo, el público ve ámenudo en la sentencia una injusticia, y si el reo es absuelto, el público continúa considerando como deshonrado al querellante. Un agudo cronista parisiense escribe á este respecto frases dignas de un filósofo. «La reparación por las armas — observa — sirve más al orden social que un comisario de pólicía y un tribunal. Al salir de la audiencia, ofensor y ofendido conservan el odio que los había llevado á los pies de la justicia. Las palabras envenenadas de los abogados no han hecho más que aumentar la cólera de las partes y el resentimiento creado en las familias puede producir complicaciones culpables y actos criminales. Muy distinto es el caso de un duelo. Cualquiera que sea el resultado del combate, ora se haya perdido la bala en la rama de un

árbol ó fijádose en una espalda, ora haya penetrado la espada en el pecho ó detenídose sobre una costilla, todo queda concluido. La ofensa está borrada , y no hay juicio que valga el acta en que los padrinos declaran satisfecho el honor. El duelo es una convención que no sólo tiene fuerza de ley sino que es superior á la ley misma, puesto que el juez no puede dar satisfacción sino á una de las partes y los padrinos despiden indemnes á ambas partes, sin que pueda haber entre ellas reproche ulterior (1). »

El duelo no es, pues, en todos los casos una inmoralidad, sino antes bien un auxiliar de la moralidad pública ; y falta, por tanto, un elemento esencial para clasificarlo como delito. Además, el duelo no es un delito, dice muy bien Lombroso, « porque *volenti non fit injuria*, y, por consiguiente, haya ó no el duelo traido

(1) Aurélien Scholl, Prefacio á *L'Art du duel* de Adolphe Tavernier.

consigo una consecuencia fatal, la sociedad, que no puede sentir ningún peligro en el suicido, no puede tampoco sentirse ofendida por los que voluntariamente y por consentimiento mutuo se han colocado en la condición de dar la muerte ó recibirla. » El último Código penal italiano, que es uno de los más avanzados, ha creido realizar un progreso clasificando el duelo entre los delitos contra la administración de la justicia. Pero tal progreso no es más que aparente. Si, como sucede frecuentísimamente, el duelo no ocasiona muerte ni heridas, la sociedad no ha sido atacada en su vida normal, y la pena no tiene razón de ser ; los duelistas no se han causado niugún mal, y la pena es injusta.

El Código venezolano, al considerar como delitos *privados* la calumnia y la injuria (las acciones por los delitos privados son *personales*) reconoce explícitamente el principio de que el individuo es el juez natural y absoluto para considerar un acto como deshonroso ó

inofensivo, é implícitamente reconoce que el individuo es también el único que puede determinar la manera de defender su honra. Si un particular puede ó no quejarse ante los tribunales por un acto que considera contrario á su honor, la consecuencia lógica es que pueda siempre escojer entre citar ante los tribunales á su adversario ó someterse á las contingencias de un combate con armas. Pero el Código, en éste como en muchos otros puntos, se contradice á sí mismo. A pesar de su teoría sobre la calumnia y la injuria, considera el duelo como un delito y lo incluye en la ley sobre las riñas. « Todo el que voluntariamente tome parte como contendor en una riña con armas — dispone el art. 385 — incurre *por este solo hecho* en multa de 125 á 500 bolívares y en arresto de uno á tres meses, *aunque no hayan resultado muertes ni lesiones*, las cuales, en caso de haberlas, se castigan de la manera que se expresa en las leyes respectivas. El que haya sido provocador sufre el duplo de la

pena, y ninguna se impone al que haya sido provocado y no haya podido evitar la riña. »

Obsérvese que la excepción en favor del provocado es sólo aplicable en caso de riña imprevista : en caso de duelo, el provocado es precisamente el ofensor, y la única prueba que éste podría aducir para demostrar que no ha podido evitar la *riña* sería la de que su criterio individual acepta el duelo como una necesidad y le aconseja desobedecer á la ley.

Si del duelo resulta muerte, el autor sufrirá, además de las penas especiales de la riña, la pena contra el *homicida* (presidio cerrado por tiempo de seis á ocho años, art. 348), con circunstancia agravante si ha sido provocador, ó atenuante si ha sido provocado, pero ha podido evitar la riña (art. 354). Si resultan lesiones ó heridas, el autor sufrirá las penas correspondientes á las lesiones corporales ; multas, arresto ó prisión, según la gravedad de aquellas (art. 368 á 373). La única excepción que la ley admite es la de haberse causado la

muerte ó lesiones corporales « en duelo ocasionado por injurias á la honra personal ó de las familias, *inferidas por medio de publicaciones por la prensa* (art. 359). » Pero aun en este caso, tal circunstancia no es eximente sino sólo atenuante de la responsabilidad criminal.

Es superfluo repetir que estas penas son exageradas, inícuas... é inútiles. Un duelista, por más tristes que sean las consecuencias del duelo, no será jamás confundido, por la opinión pública y, sobre todo, por los que pertenecen á la misma clase social, con un delincuente ordinario. Los que se baten en duelo escojen cada uno dos jueces (los padrinos), á los cuales someten la apreciación del hecho considerado como ofensa y la decisión de la manera más caballerosa para terminar el conflicto, dejando satisfecho el honor de ambos adversarios. Obrando así, los adversarios no traspasan los límites de sus derechos individuales. La única circunstancia en que la ley puede y debe intervenir es aquella en que

el combate, por culpa de los adversarios ó de los padrinos, no se ha realizado de un modo conforme á la hidalguía y á la equidad, circunstancia determinable con el análisis del acta que fija las condiciones del duelo y del acta del duelo mismo; y entonces, no se castigaría el duelo sino la muerte ó herida causada alevosamente, con ó sin la complicidad de los padrinos, los cuales sufrirían también una pena en caso de imprudencia ó falta en el cumplimiento de sus deberes.

Conclusión. — En los delitos políticos, salvo el de traición á la Patria, las penas actuales son exageradas. La opinión pública los disculpa y hasta los celebra cuando sus autores han triunfado : cuando estos son vencidos, sufren la venganza de los gobernantes ó quedan impunes. Las únicas penas racionales y eficaces son la expulsión, el confinamiento, la inhabilitación para ejercer derechos ó cargos

políticos, la destitución ó suspensión de empleo, la sugeción á la vigilancia de la autoridad y la amonestación ó apercibimiento, según la gravedad del delito y atendido el móvil que guiara á los autores. — El delito de desacato á la autoridad es simple consecuencia de un privilegio incompatible con el concepto democrático de las funciones públicas.

En el *adulterio* faltan todas las condiciones esenciales del delito. El juicio de adulterio es un debate privado entre los cónyuges sus consecuencias naturales son el divorcio y la indemnización pecuniaria por parte del adúltero. La penalidad actual no tiene otros fundamentos que la pretendida incapacidad ó minoridad permanente de la muger y el concepto católico del matrimonio.

El *duelo* no es tampoco un delito por sí mismo y sus consecuencias sólo son punibles, en los adversarios y en los padrinos, cuando en las condiciones del duelo y en el duelo mismo han faltado al honor y á la equidad. El legis-

lador podría inspirarse en esta máxima de Benthan: « dejad á los individuos la más amplia libertad en todos los casos en que no pueden dañarse sino á sí mismos, porque ellos son los mejores jueces de sus propios intereses. »

ESTUDIO TERCERO.

Las Penas.

CAPITULO I

El concepto positivo de la pena.

En el origen de la pena encontramos una de las manifestaciones de la reacción individual contra los agentes ó actos que atacan á la personalidad. Cuando el salvaje se venga del adversario que le causó un mal cualquiera, aplica, á su modo, el principio esencial del derecho primitivo : hacer sufrir al que hizo sufrir. El niño procede hoy como el salvaje : al mal que le causa una persona, un animal ó un objeto inerte responde con otro mal, ó con una acción que él cree capaz de producir un mal, in-

mediatamente ó en el espacio de tiempo que dura su dolor ó resentimiento (1).

A la reacción individual sucede la reacción colectiva cuando el individuo es solidario de una corporación : familia, tribu, Estado. El mal causado á un individuo hiere al propio tiémpo á los demás individuos que con él forman una personalidad moral ó social, y la reacción corresponde entonces á esta última.

La venganza y el castigo, primeros caractéres de la pena, tienen por único objeto el sufrimiento del culpable, hasta que las creencias religiosas, ya suficientemente desarrolladas y ordenadas en sistemas, espiritualizan la venganza dándole el nombre y el carácter de expiación. La venganza, el castigo, la expiación, grados de la evolución de un mismo senti-

(1) Cuando la reacción sigue inmediatamente á la acción la venganza puede considerarse como un instinto fijado por la herencia ; cuando es lejana, podría llamarse venganza imitativa.

miento, se fundan en la responsabilidad personal del agente, — responsabilidad que el hombre primitivo y el niño ven no sólo en la persona humana sino en todo objeto que es causa real ó aparente de un hecho cualquiera : el salvaje obedece al mismo sentimiento hiriendo al enemigo que le había herido y destruyendo ó abandonando el fetique que no lo ha amparado contra un peligro, de igual modo que el niño obedece á la misma rudimentaria idea golpeando á la nodriza que le rehusa un juguete y golpeando el mueble que le causa un dolor. En esta idea de responsabilidad han fundado la pena todas las sociedades ; pero nótese la distinción esencial, que va á servirnos de base para este estudio. El hombre primitivo y el niño no se detienen á averiguar si la persona ú objeto que les ha causado un daño obra de un modo fatal ú obedeciendo al agente libre que previó el daño : para ellos la responsabilidad es exclusivamente la relación visible entre una causa y un efecto, entre

una persona ú objeto y una acción ; para ellos no existe otra realidad que la apariencia actual : la persona humana, el animal, el árbol, la piedra son séres que viven y obran por sí mismos. En cambio, el derecho penal no se conforma con comprobar la responsabilidad aparente, la relación inmediata de causa á efecto, sino que va á buscar dentro de la persona un alma, un espíritu en quien existe siempre el poder, la libertad de obrar bien ó mal. Y en este postulado de la responsabilidad deducida del libre albedrío se fundan hoy todas las legislaciones penales.

En nuestro primer estudio hemos indicado las inconsecuencias de la teoría jurídica : en éste veremos que desechado el libre albedrío como condición esencial para el determinismo del delincuente, el concepto de la pena se trasforma radicalmente, lo mismo al admitir el predominio de los factores físicos y antropológicos en la producción del delito que el predominio de las causas sociales.

La escuela positiva italiana sustituye á las ideas de venganza, castigo y expiación la idea de *eliminación*. ¿Cuál es la extensión de este término? Si por eliminación se entiende la separación, temporal ó indefinida, del hombre delincuente de aquel medio social en que no puede continuar viviendo sin producir perturbaciones en el derecho de sus semejantes, puede en rigor admitirse la identidad entre la eliminación y el concepto positivo de la pena. Pero la idea de la eliminación conduce lógicamente á muchos á la idea de destrucción, circunstancia que ha hecho aparecer como cruel é inhumana á la teoría determinista. Ambas tendencias, sinembargo (la tendencia eliminativa y la tendencia humanitaria) pueden converger al mismo resultado filosófico si se estudia el concepto de la pena abandonando los exclusivismos de escuela, para fijarse preferentemente en los objetos inmediatos de la penalidad.

Continuando las teorías de Beccaria, el profe-

sor francés Acollas cree (1) que la pena desaparecerá, « como idea y como hecho, para ser reemplazada por la inquisición y aplicación del tratamiento más apropiado al estado mental y moral del delincuente, » creencia que se armoniza con la de aquellos que pretenden suprimir toda distinción entre el hombre enfermo y el hombre delincuente. El filosófo italiano Carnevale (2) llega, por vias distintas, á una conclusión análoga. Después de comprobar que en el curso de la civilización la pena ha ido perdiendo sucesivamente las exterioridades que la caracterizan como un mal físico impuesto á causa de otro mal, concluye que la pena propiamente dicha se debilita sin cesar y tiende á desaparecer, para ser al fin sustituida por sus auxiliares jurídicos, políticos y morales.

Un hecho parece demostrar á cada instante

(1) Véase su libro de propaganda *Les délits et les peines*.

(2) Consúltese su libro de *Critica penale*.

la idea de Acollas y la tendencia observada por Carnevale. Inmediatemente después de la comisión de un delito atroz la conciencia pública se exaspera y la indignación llega, no sólo hasta desear la muerte del culpable sino hasta dársela de un modo sumario, como sucede todavía en los Estados Unidos. Diríase que el primitivo instinto de la venganza ahoga de pronto todos los sentimientos simpáticos. Pero esto no es más que un corto paréntesis. Insensiblemente, mientras el procedimiento jurídico marcha con su habitual lentitud, una reacción se produce en la conciencia pública y al instinto de venganza sucede el sentimiento de la compasión. En vez de un culpable temible la sociedad prefiere ver en el delincuente un desgraciado, una víctima de las influencias nocivas que le han perseguido ó un sér débil dominado por pasiones cuasi irresistibles. Tendencia honrosa para nuestra civilización; pero que, exagerada, aumentaría el peligro social que el crimen revela. La compasión por el delincuente — y en esto tiene perfecta razón la escuela italiana — no debe ir hasta

olvidar la protección que todos los asociados pacíficos necesitan contra los asociados insuficientemente capaces de resistir á los hábitos inmorales y pasiones destructoras...

La observación anterior nos conduce á averiguar en qué consiste la eficacia de la pena, — si se la considera, no como un mal impuesto por otro mal (idea equivalente á la de venganza) sino como mera función social — para deducir de su eficacia los dos objetos esenciales de la penalidad.

Algunos de los modernos criminólogos hacen consistir la eficacia de la pena en su poder de disminuir las inclinaciones al delito. Distingamos : si se trata de un delincuente ocasional es indudable que la eficacia de la pena consistirá en apartarlo del medio en que ha perturbado el estado social y en fortificar su sentido moral ; pero si se trata del delincuente habitual ó instintivo nos parece evidente que ninguna penalidad podrá trasformar la personalidad radicalmente nociva, y la efi-

cacia de la pena se reduce entonces á aislar al culpable del medio social. Otros encuentran la eficacia de la pena en el temor que, por su severidad, inspira al delincuente ; pero hasta ahora la experiencia no ha demostrado ninguna proporción racional entre la severidad de la pena y la disminución de los delitos. La única pena eficaz sería la pena de muerte ; y esto, simplemente porque su eficacia se confunde con la destrucción. En cuanto á la intimidación que se atribuye á la pena capital, ella no pasa de ser un postulado arbitrario ; ó mejor, una confusión entre la destrucción y la intimidación. Cuando la Inquisición prodigó la pena de muerte contra los heréticos, el llamado delito de herejía disminuyó, no por el carácter intimidante de la pena, sino por la destrucción de las personas capaces de desobedecer á los dogmas y principios religiosos. Por otra parte, si la severidad de la pena detiene á veces á criminales tímidos en el propósito de cometer un delito, á menudo la misma

severidad produce un resultado contrario ; refina en el delincuente lo que pudiera llamarse el arte del delito ; esto es : el arte de prever todas las circunstancias adversas y favorables, para lograr el objeto deseado y no ser descubierto. En todo caso, la seguridad de ser castigado influirá mucho más en el ánimo del delincuente que la severidad de la pena ; y hablando en términos generales, no es aventurado afirmar que no hay relación ninguna entre la severidad de la pena establecida y la intimidácion que ella produce : la intimidación queda reducida al convencimiento que tiene la sociedad entera de que ningún delincuente descubierto podrá escapar á una pena cualquiera.

De donde podemos deducir la siguiente conclusión, que determina el primer objeto esencial de la penalidad : — Será eficaz toda pena que impida al delincuente volver á la vida social antes de haberse comprobado en su personalidad un cambio moral favorable.

Pero la eficacia de la pena no consiste sólo en proteger á los asociados pacíficos, lo cual constituye su objeto político, sino también, y hé aquí su objeto humanitario, en propender á la enmienda del delíncuente. Aceptada la clasificación de delincuentes ocasionales y delincuentes instintivos ó incorrejibles, la pena, en cuanto á los primeros, consiste en protejer á la sociedad, aislando al culpable, y en procurar su enmienda : en cuanto á los segundos, la pena no es más que un medio de protección social, una vez que la experiencia penitenciaria ha demostrado la incorrejibilidad del culpable (1).

(1) Los que consideran la pena como un mal impuesto por otro mal no admiten que la enmienda del delincuente sea uno de los objetos de la penalidad, sino á lo sumo una de sus consecuencias. Carrara dice : « *penar* quiere decir imponer un *mal* : *enmendar*, instruir, educar quiere decir imponer un *bien* grandísimo. » Muchos de los criminólogos pertenecientes á la nueva escuela, como Puglia,

Si son estos los dos objetos esenciales de la penalidad parécenos absolutamente necesario admitir también que la pena debe ser indefinida; es decir: sin término fijado de antemano por la ley. Si se trata de un delincuente de ocasión, cuya enmienda es posible, la pena cesaría en el momento en que se hubiese com-

Ferri, Benedikt, Garofalo, Dally, etc., partiendo de la misma idea, proponen que la voz *pena* desaparezca para sustituirla con otra (*represión*, *sistema represivo*, etc.) que revele la trasformación deseada.... Pero la importancia de este género de discusiones es muy relativa. Las voces no tienen valor por sí mismas, sino por lo que significan; y de consiguiente lo único importante es apreciar el valor de lo significado. ¿ Qué importa que la voz pena haya expresado hasta ahora las ideas de *dolor*, *sufrimiento* y otras análogas, si la ciencia y el sistema legal quieren significar con ella la función social con respecto á los delincuentes? Son muy pocos los términos científicos que conservan aún su significación original: ¿ será preciso, por esto, reemplazar todos los demás? Un ejemplo, entre

probado la enmienda, acordándose la libertad condicional por cierto período de tiempo, con el objeto de experimentar si la enmienda era real ó simulada. Si se trata de un delincuente incorrejible — cosa que resultaría probada por el examen de la vida habitual del delincuente, por su reincidencia, etc. — la pena temporal no serviría de nada, puesto que cualquiera que fuese su duración, el delincuente volvería á la vida social con los mismos vicios inveterados,

ciento: para la psicología científica la voz *alma* no significa lo mismo que para la teología y la metafísica. ¿ Tendrán, por esto, que suprimirla de su lenguaje todos los partidarios del determinismo, y emplear, en su lugar, una frase que designe aproximadamente todo lo que la psicología entiende hoy por alma? En cuanto á la pena, no hay una sola de las circunlocuciones inventadas, para sustituirla en la tecnología, que designe de un modo *exacto* y *completo* su trasformación; y tanto la filosofía como el derecho continuarán sirviéndose de la misma voz, siquiera en *otro sentido*.

con los mismos instintos nocivos. ¿ Por qué entonces no declarar perpetua la pena en estos casos, ó aplicar la pena de muerte? Siendo indefinida la pena, naturalmente podría prolongarse hasta la muerte del delincuente instintivo, si, por cualquiera imprevista trasformación de su carácter, no se le juzgase capaz de ser puesto en libertad bajo condición.

En cuanto á la pena de muerte, que implícitamente parece justificada en nuestra teoría, es preciso tener en cuenta un hecho indiscutible ; á saber : que la opinión pública se pronuncia hoy en todos los países civilizados contra su aplicación, y que, aceptada la voluntad pública como fuente y fundamento de la legislación, es permitido prever su desaparición en un porvenir próximo, á menos de verificarse una reacción radicalísima en la manera de apreciar los sentimientos humanitarios. En el dominio filosófico nada se opone á la legitimidad de la pena de muerte. Desde el momento en que la observación prolongada

demuestre que el autor de uno ó varios hechos criminosos es incorrejible, inadaptable á la vida social, su eliminación absoluta, su muerte resulta justificable, pues de otro modo continúa indefinidamente el peligro. En esta consideración se fundan á menudo los partidarios de la última pena, entre ellos Taine y Lombroso. Otros pensadores, como Ferri y Tarde, la aceptan en teoría, pero no la creen en armonía con las ideas contemporáneas; y observan, además, que la pena de muerte es particularmente repugnante por los espectáculos salvajes de las ejecuciones públicas, tales como se verifican en España, por ejemplo. Lombroso replica, es verdad, que la parte trágicamente teatral de esta pena se evitaría con la ejecución dentro de la celda y por medio de una máquina eléctrica (1); pero, á la

(1) El primer ensayo de ejecución eléctrica se ha hecho recientemente en los Estados Unidos, sin éxito satisfactorio: la ejecución ha sido demasiado

antipatía que la pena de muerte encuentra hoy en la opinión pública, se agregan otras circunstancias. En primer término, el número de criminales juzgados dignos de la pena de muerte es hoy relativamente pequeño, y puede asegurarse que irá disminuyendo á medida que las causas naturales del delito sean mejor conocidas, y sobre todo, mejor combatidas, — ideal á donde tiende la sociología moderna. Además, si se adopta el sistema de penas indefinidas, el peligro que representan los delincuentes habituales desaperece, puesto que ellos serán tratados de un modo análogo, si no igual, al modo con que son tratados los enagenados. ¿ Se replicará que los gastos de las penitenciarías, donde vivirían recluidos los delincuentes incorrejibles, no se justifican por las mismas razones que los gastos de los mani-

larga. Lo cual no prueba, por supuesto, que los americanos mismos no adoptarán después este método, una vez perfeccionado el aparato eléctrico.

comios? La réplica pierde toda su fuerza al pensar que la sociedad no tiene ningún interés positivo en gastar una parte de las rentas públicas en el mantenimiento de los manicomios para locos incurables, y que si lo hace es obedeciendo á un sentimiento humanitario. Igual justificación moral tendrían los gastos producidos por el mantenimiento de las penitenciarías para delincuentes incorrejibles. Las sociedades civilizadas tienden á conservar el principio de solidaridad entre todos sus miembros, aún en los casos en que algunos de ellos hayan perturbado el orden normal; y más aún cuando la distancia que separa el delincuente incorrejible del enagenado es por tal modo corta que bien á menudo merecen igual compasión el que ha sido aislado en un manicomio, por haberse interrumpido para siempre el equilibrio de su sistema intelectual, y el que ha sido aislado indefinamente en una penitenciaría, porque originales vicios de conformación orgánica, ó permanentes é irresis-

tibles influencias de un medio nocivo, lo han hecho incapaz de vivir libre entre sus semejantes sin atacar sus derechos ó sus vidas. A esta unión íntima de una necesidad, — la de protejerse contra los delincuentes, — y de un sentimiento generoso, — el de compadecer á los que obtuvieron el peor lote en los azares de la vida —, tiende, sin duda alguna la conciencia pública, y, cuando tal ideal se haya realizado en todas partes, no es aventurado afirmar que coincidirá con la desaparición de la pena de muerte (1).

(1) La pena capital está abolida en Venezuela por la Constitución misma. Art. 14 : « La Nación garantiza á los venezolanos la inviolabilidad de la vida, quedando abolida la pena capital, cualquiera que sea la ley que la establezca. »

CAPITULO II

Las penas del Código venezolano.

Insistamos sobre la necesidad de las penas indefinidas, únicas que pueden producir la enmienda de los delincuentes, en los casos en que estos son capaces de enmendarse, y protejer siempre la normalidad social.

Exagerando la tendencia humanitaria de que hemos hablado en el capitulo anterior, la legislación venezolana fija el máximum de diez años á la duración de la pena (1). Sólo en caso

(1) CONSTITUCIÓN, art. 14, garantía 14, nº 9:

*

de quebrantamiento de condena el máximum puede elevarse hasta quince años(1). A primera vista este límite parece insuficiente, y no precisamente á causa de la poca severidad de la pena, atendida su duración (en realidad nuestras penas de presidio cerrado, presidio abierto y prisión son muy severas á causa de la imperfección del régimen administrativo), sino por-

« Ningún venezolano podrá ser condenado á pena corporal por más de diez años. » — CÓDIGO PENAL, art. 70 : « Al culpable de uno ó más delitos ó faltas, se le impondrán las penas correspondientes á las respectivas infracciones, según las reglas que siguen : *Primera :* En ningún caso se impondrá al reo, cualquiera que sea el número de infracciones, penas corporales que excedan de diez años ; *Segunda :* siendo en este caso varias las penas, se cumplirán, si es posible, simultaneamente. Si no lo fuere, se principiará por la mayor, pero de manera qne la suma de las sufridas no exceda nunca del decenio. »

(1) Art. 91 : « Aun cuando haya varios quebrantamientos de condena, la pena principal unida á la de recargo, no podrá exceder de quince años. »

que todo limite previo es la negación de los objetos mismos de la pena. Si al terminar la condena legal, el delincuente continúa representando el mismo peligro que cuando cometió el delito, su vuelta á la vida social no se justifica por ninguna razón de derecho ni por ningún sentimiento de equidad.

La necesidad de las penas indefinidas parece haber preocupado un instante á los redactores del Código ; pero la idea no pasó del estado embrionario, y su aplicación es muy circunscrita, incompleta y aun contradictoria. El art. 19, caso 3°, declara excento de responsabilidad criminal al menor de quince años y mayor de diez, « á no ser que aparezca que obró con discernimiento. » El tribunal hace declaración expresa sobre este punto, para imponerle pena ó declararle irresponsable. Y « cuando el menor de 10 ó de 15 años es declaralo irresponsable, el tribunal acuesda colocarlo, para su custodia, vigilancia y educación, en poder de su familia : y á falta de ella, ó si ella fuese la cul-

pable de su extravío, en un establecimiento adecuado, de donde no saldrá sino por decreto del mismo tribunal, y después de haber mejorado en sus costumbres, si antes no hubiere cumplido la edad de quince años. » —Nótese la diferencia que la ley establece entre menores responsables é irresponsables, diferencia fundada exclusivamente en el *discernimiento* del agente, lo cual es un corolario del absurdo concepto metafísico del delito. Desde el instante en que el hecho ha demostrado la personalidad viciosa ó peligrosa del niño, nada importa que el hecho haya sido ejecutado con discernimiento ó sin él; en ambos casos el peligro es idéntico, é idéntica ha de ser en principio la reacción social. Las únicas diferencias de tratamiento penal debieran provenir de la edad, condición, carácter, etc., de cada delincuente.

El art. 75 dispone : « Cuando sean *menores de quince años* las personas que hayan de sufrir la pena, se convertirán las de presidio ó pri-

sión que designen las leyes respectivas, en encierro en casas de trabajos por la *mitad* del tiempo señalado para los demás ; y las de expulsión y confinamiento fuera del Estado, en encierro en las mismas casas por la *cuarta parte* del tiempo asignado, sometiéndoles á un aprendizaje moral y material conveniente durante el lapso de la pena. » — Esta disposición reconoce la conveniencia de aplicar á la infancia un tratamiento penal distinto del que se aplica á los delincuentes mayores de edad. Es precisamente en los delincuentes jóvenes donde la penalidad puede producir, de un modo seguro y rápido, efectos moralizadores. Cambiar el carácter, fortificar los instintos sociales, sustituir á malas costumbres prácticas honestas — ideal á menudo irrealizable cuando se trata de delincuentes consuetudinarios — es obra relativamente fácil en la primera edad, cuando el cerebro no opone gran resistencia á las ideas nuevas y la personalidad no se ha constituido todavía. Pero la disposición legal

es insuficiente, al reducir y fijar el término del tratamiento penal, en vez de declararlo indefinido, y medir después su duración por los progresos de la trasformación moral, haciendo cesar la pena sólo cuando los funcionarios mismos de los establecimientos penitenciarios informasen al tribunal competente acerca del cambio favorable observado en el delincuente.

Del sistema de penas indefinidas se deduce otra consecuencia esencial ; á saber : que la libertad acordada al delincuente correjido debe ser condicional. El poder judicial debería conservar, durante cierto tiempo después de terminada la pena, la facultad de hacerla continuar cuando el delincuente comprueba con su conducta que sus inclinaciones al crimen no han desaparecido ó disminuido.

A parte de estas críticas generales, cuatro de la penas que nuestro Código llama corporales merecen, además, ser consideradas como absolutamente ineficaces en sus efectos. El presidio cerrado (con trabajos forzados del pe-

nado dentro del establecimiento) ; el presidio abierto (con trabajos forzados del penado fuera del establecimiento) ; la prisión (privación de la libertad en las cárceles, fortalezas ú otros lugares destinados al efecto), y el arresto (que se cumple en los mismos lugares que la prisión, pero con más comodidad), son penas que se aplican hoy sin ningún resultado satisfactorio. Si se aplican á delincuentes consuetudinarios, contra los cuales existe por lo menos la presunción de ser incorrejibles, estas penas son insuficientes á causa de su duración definida ; y si se aplican á delincuentes ocasionales, capaces de correjirse con un tratamiento adecuado, la experiencia demuestra que en vez de correjir corrompen, en vez de moralizar embrutecen. Por regla general puede afirmarse que, cumplidas tales penas, el reo representa un peligro social mayor que antes del delito.

Además, al comparar las penas de presidio con las de prisión y arresto resulta un absurdo

enorme. El presidio cerrado y el abierto, que son las penas más severas y se imponen, por consiguente, á los delincuentes más temibles, tienen siquiera en su favor la circunstancia de serles inherente el trabajo forzado, el cual, por mal reglamentado que esté, produce siempre algún cambio benéfico en los hábitos del delincuente. En cambio, la prisión y el arresto, penas menos severas, imponibles á delincuentes menos peligrosos, no implican la obligación al trabajo, de modo que las personas que las sufren viven en la ociosidad y á menudo en el vicio. La prisión y el arresto, tal como entre nosotros se practican, son los medios más adecuados para desarrollar los peores instintos y arraigar los hábitos más inmorales.

En suma : el presidio no proteje lo bastante á la sociedad contra los criminales probablemente incorrejibles, puesto que tanto el presidio cerrado como el abierto tienen una duración determinada, por más que el condenado no haya dado muestra alguna de enmienda ;

y la prisión y el arresto no tienden á enmendar, sino más bien á desmoralizar, á los delincuentes más capaces de corejirse (1).

Por fortuna (fortuna relativa !) las demás penas especificadas en el Código venezolano son todas virtualmente eficaces. Las penas corporales de « reclusión en penitenciarías ó casas de trabajo, expulsión del territorio de la República, confinamiento en distrito ó lugar de

(1) Bien es cierto que el presidio cerrado y el presidio abierto envuelven, como pena accesoria, la sujeción á la vijilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, terminada ésta ; y por una quinta parte de la misma, la reclusión y la prisión; pero esto no es más que un paliativo, pues, según el art. 91, aun cuando haya varios quebrantamientos de condena, la pena principal, unida á la de recargo, no excede nunca de quince años. Con lo cual los delincuentes instintivos, si viven largos años, tienen la seguridad de volver á encontrar la ocasión de cometer nuevos crímenes !

otro Estado, expulsión del territorio del Estado, confinamiento en distrito ó lugar del mismo Estado », y las penas no corporales : « inhabilitación para ejercer derechos políticos ó algún cargo público, inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria ó cargo, destitución de empleo, suspensión del mismo, multas, pérdida de efectos por via de comiso, sugeción á la vigilancia de la autoridad (1), caución de no ofender ó dañar (2), amonesta-

(1) Art. 61 : « La sujeción á la vigilancia de la autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes : *Primera* : fijar su domicilio y dar cuenta de él á la autoridad encargada inmediatamante de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma autoridad, expedido por escrito ; *segunda* : la de observar las reglas de inspección que ella le prefije ; *Tercera* : La de adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. »

(2) Art. 62 : « La caución de no ofender ó dañar sugeta al penado á dar las seguridades que se estimen necesarias por una junta compuesta del juez

ción ó apercibimiento (1), presentan medios eficaces de reaccionar contra la generalidad de los delitos, de acuerdo con los dos objetos esenciales de la penalidad : protección social y enmienda de los delincuentes. De estas penas puede decirse que, siendo morales, moralizan; y debieran aplicarse con mayor frecuencia, aun tratándose de delitos que, si por sus efectos parecen gravísimos, no lo son tanto en realidad

competente y de dos vecinos, sacados por suerte entre doce de los mayores contribuyentes del distrito. Si no pudiere dar las seguridades exigidas, se le pondrá en arresto hasta por seis meses, cesando éste en cualquier tiempo que las diere dentro de este lapso. »

(1) Art. 63 : « La amonestación es la corrección verbal que el juez ejecutor de la sentencia dé al penado en los términos que prescriba la sentencia ejecutoriada, quedando de esto acta judicial, que firmará el corregido ú otro por él. — Las amonestaciones ó apercibimientos se fijan por quince dias á las puertas del tribunal.»

cuando se tienen en cuenta las probabilidades de que el reo se corrija... »

Para terminar este estudio, una observación sobre la detención preventiva de los procesados, que el Código (art. 43) no considera como pena, pero que sería justo apreciar en el cumplimiento de la pena. La natural lentitud del procedimiento hace á menudo que las penas (prisión y arresto especialmente) sean mucho más cortas que la detención ya sufrida. El art. 114 establece una excepción que merecería generalizarse. « A todos aquellos individuos, dice, que hayan de sufrir las penas de presidio, reclusión penitenciaria ó prisión, y hayan estado encarcelados por más de tres meses después de sentenciados en primera instancia, mientras los tribunales superiores respectivos aprueban la sentencia, se les computará el tiempo transcurido en dicho período, en el de la condenación.» Aceptada la generalización de este principio á todos los casos en que se trate de penas privativas de la libertad, podría imi-

tarse ó el sistema del último Código italiano ó el del Código germánico. Según el art. 40 del primero, la detención preventiva se computa siempre de acuerdo con ciertas reglas, en la duración de la pena. Este sistema presentaría, es verdad, una dificultad práctica; á saber: que el acusado procurase en muchos casos hacer prolongar considerablemente el juicio, — dificultad que no existiría con el sistema alemán según el cual (art. 60) el juez tiene la facultad de computar en la sentencia la totalidad ó una parte de la detención preventiva. Este último sistema se armonizaría, además, con el art. 21 de nuestro Código, que considera como circunstancia atenuante de la responsabilidad «la de haber sufrido el procedimiento judicial largo retardo, sin culpa del encausado.»

Conclusión: Desechada la hipótesis del libre albedrío como condición esencial del delito, el concepto de la pena se trasforma radicalmente.

La pena se define por sus objetos mismos: protección de los asociados pacíficos contra los agentes temibles, y enmienda de los delincuentes. El sistema de penas indefinidas sería el único capaz de realizar los dos objetos de la penalidad. En el Código venezolano las penas más severas son precisamente las menos eficaces.

El autor pone punto á estos estudios con una esperanza: la de que algunos de los problemas planteados y algunas de las reformas propuestas sean en Venezuela materia de análisis y motivo de propaganda para otros pensadores de la nueva generación.

FIN.

INDICE

INDICE.

Dedicatoria. V
Prefacio. VII

ESTUDIO PRIMERO.

El Delincuente y el Delito.

CAPITULO I. — *El Delincuente.* — Crisis anárquica. El libre albedrío y el determinismo científico. La escuela italiana. Hipótesis de Lombroso. Caractéres del delincuente. Las anomalías orgánicas. El atavismo. Fundamentos de la criminología. El delito natural y el delito puni-

ble. La personalidad. Identidad y variabilidad. El delincuente instintivo y el delincuente ocasional : modo de diferenciarlos. 3

CAPITULO II. — *El concepto jurídico del delito.* — La definición legal y el criterio científico. Contradicción entre la ley y la manera de aplicarla. Paradoja de Fonsegrives sobre el libre albedrío. El delito instintivo y la locura. La « neurosis criminosa. » El delito y la patología social. Distinción del filósofo Tarde. Conclusión : interpretación elástica de la ley. . 23

CAPITULO III. — *El Delito frustrado y la tentativa.* — Un ejemplo de delito frustrado : la ley penal no se funda en la voluntad del agente, ni en el daño causado, ni en la temibilidad del culpable. Doctrina del Código francés. Dos teorías sobre la tentativa. Teoría italiana y teoría alemana : comparación en un ejemplo. Vaguedad de las teorías jurídicas 40

CAPITULO IV. — *La Premeditación.* — Premeditación conocida. Jurisprudencia española y ju-

risprudencia venezolana. Injusticia de considerar siempre como circunstancia agravante la premeditación conocida. Cuestión de hecho y cuestión jurídica. La premeditación en los enagenados. Ni la conciencia ni la voluntad presuponen la libertad moral. No es indispensable considerar la premeditación como circunstancia agravante 51

CAPITULO V. — *La Embriaguez.* — El alcoholismo y la criminalidad. ¿ La embriaguez es punible por sí misma ? La embriaguez es un mal social combatible con remedios sociales. « Sustitutivos penales. » El alcohol y el impuesto. Función del Estado. Casos en que la embriaguez es causa del delito ó coincide con él. Inconsecuencias de la teoría jurídica. Necesidad de un jurado de especialistas : en qué consistiría la experticia 60

CAPITULO VI. — *La Legítima defensa.* — Un estado de guerra reemplaza de hecho al estado social. Circunstancias que justifican la defensa.

Ilogismo de algunos comentarios. La agresión ilegítima. Defensa contra la autoridad. Defensa contra el padre. Necesidad racional del medio empleado contra la agresión. Defensa de nuestro derecho. Ataques á la persona y ataques á la propiedad. Variabilidad del sentimiento de la propiedad. Defensa de un extraño : dificultades prácticas. Conclusión general : necesidad de adoptar un concepto positivo del delito. 71

ESTUDIO SEGUNDO.

Delitos problemáticos.

CAPITULO I. — *Los Delitos políticos.* — La traición á la patria. La rebelión. Frecuencia de revoluciones y rareza de juicios. La opinión pública se opone al castigo de los revolucionarios. ¿Por qué? Dos principios de moral práctica. Penas teóricas contra los revolucionarios. La reforma de 1884. Severidad inútil. El delincuente político y el delincuente co-

mún. Unicas penas eficaces contra la rebelión, la sedición y la asonada. El atentado contra la autoridad pública. Excepciones. El desacato contra la autoridad pública. Privilegio antidemocrático. Absurda distinción legal entre la injuria y el insulto. La teoría venezolana es contradictoria con el principio de la igualdad ante la ley. 85

CAPITULO II. — *El Adulterio.* — Del estado salvaje al estado civilizado. La muger esclava. Privilegios del honor del marido. El adulterio de la muger y el adulterio del marido. Iniquidad en las penas legales. Las penas morales. Conclusión : el adulterio no es considerado como un delito por la opinión pública : sus consecuencias naturales son el divorcio y la indemnización civil. 108

CAPITULO III. — *El Duelo.* — Teoría y realidad. Países donde las costumbres no favorecen el duelo : procedimientos salvajes. Inutilidad de alegatos filosóficos, prohibiciones religiosas y penas. Insuficiencia de los procesos penales

en cuestiones de honor. La teoría sobre la calumnia y la injuria, y la teoría sobre las riñas. Penas injustas y exageradas. Conclusión general : las penas contra los delitos políticos no se aplican; el adulterio y el duelo no son delitos punibles 120

ESTUDIO TERCERO.

Las Penas.

CAPITULO I. — *El concepto positivo de la pena.* — Origen y evolución de la pena. La venganza, el castigo, la expiación. La eliminación. ¿ La pena tiende á desaparecer ? En qué consiste la eficacia de la pena : ¿ en disminuir las inclinaciones al delito ? ¿ en la intimidación que produce ? Protección de los asociados pacíficos : enmienda de los delincuentes. Penas indefinidas. Pena de muerte : teoría y práctica. Tendencia universal. 133

CAPITULO II. — *Las penas del Código venezolano.* — Máximum legal. Penalidad contra los delin-

cuentes menores de 15 años. Insuficiencia práctica de un buen principio. La libertad condicional. Penas ineficaces en sus efectos. Penas virtualmente eficaces. La detención preventiva : sistema venezolano, sistema italiano, sistema alemán. Conclusión general : trasformación radical del concepto de la pena : necesidad de las penas indefinidas : ineficacia de las penas más severas. Esperanza. 153

Ex DC.
1/27/28.